DE

PACTO EVICTIONIS NON PRAESTANDAE INVTILI

ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM
ORDINIS
PERMISSV
IN ACADEMIA LIPSIENSI
PRAESIDE

IO. TOBIA RICHTERO
PHIL. ET I. V. D.

DIE XXVI. NOV. A. C. N. CIↃIↃCCXXXXVIII.
H. L. Q. C.
DISPVTABIT

FRIDERIC. GOTTHILF FREYTAG
IVRIS CANDIDATVS.

LIPSIAE
EX OFFICINA LANGENHEMIA.

Biblioteca Nazionale V. E. III NAPOLI

Digitized by Google

VIRIS

ILLVSTRIBVS. ET. GENEROSISSIMIS

DOMINO

IOANNI. RVDOLPHO DE. KIESENWETTER

DICTO. WOLFERSDORF

REGI. POLONIARVM. ET. ELECTORI. SAXONIAE

A. CONSILIIS. AVLAE. ET. IVSTITIAE

DOMINO

FRIDERICO. GOTTLOB DE. BERLEPSCH

REGI. POLONIARVM. ET. ELECTORI. SAXONIAE

A. CONSILIIS. AVLAE. ET. IVSTITIAE

DOMINIS. SVIS. GRATIOSISSIMIS

Digitized by Google

QVORVM
IAM. INDE. A. CONDISCIPVLATV
AD. HOC. VSQVE. TEMPVS
SVMMAM. ERGA. SE. BENEVOLENTIAM
ET. INSIGNEM. FAVOREM
SINGVLARI. PRORSVS. RATIONE
EXPERTVS. EST
HAS. STVDIORVM. IN. IVRE. CIVILI
PRIMITIAS
REVERENTIAE. GRATI. ANIMI. ET. OBSERVANTIAE
CAVSSA
SACRAS. ESSE. CVPIT
EISDEMQVE
SOLEMNI. VETERVM. FORMVLA
VITAM. LONGAM
VALETVDINEM. COMMODAM
FELICITATEM. PERENNEM
EX. ANIMO
PRECATVR

FRIDERICVS. GOTTHILF. FREYTAG

Digitized by Google

CONSPECTVS DISSERTATIONIS

§. I. *Omnes contractus, praeter eſſentiam ſuam, et naturam negotii, accidentia quoque admittunt. Principia quaedam praemittuntur.*

§. II. *Effectus dictorum principiorum ſunt diuerſi.*

§. III. *Argumentum diſſertationis conſtituitur.*

§. IV. *Quid euictionis praeſtatio denotet explicatur.*

§. V. *Pactum de non praeſtanda euictione, eſt inutile, I. quia euictio eſt naturale internum.*

§. VI. *II. Quia pactum contra ſubſtantiam contractus adiectum, ipſo iure eſt nullum.*

§. VII. *III. Ob. L. XI. §. vlt. Dig. de act. emt. vendit.*

§. VIII. *Caſus vbi tale pactum, quoad vtilitatem, ne quidem valet, e mente* IVLIANI *proponitur.*

§. IX. *Negotium, quo aliquis ſpem tantummodo ſibi parauit, ne ex mente* IVLIANI *quidem, eiusmodi euictionis exemplum continet.*

§. X. *Vtrum verba* IVLIANI *hactenus recenſita, ſint verba legis disquiritur.*

§. XI.

Digitized by Google

§. XI. *Qua ratione ſententia noſtra, in bonae fidei contractibus, locum obtineat monſtratur.*

§. XII. *Quomodo ea locum habeat, in ſtricti iuris negotiis docetur.*

§. XIII. *Ille qui dat, aut illius heredes ipſi euincentes, nihil praeſidii, in hoc pacto remiſſorio quaerere poſſunt.*

§. XIV. *Contraria L. LXVIII. pr. D. de euiction. explicatur.*

§. XV. *Dubium e L. LXIX. pr. D. de euiction. remouetur.*

§. XVI. *L. XXVII. C. de euict. cum noſtra ſententia conciliatur.*

§. XVII. *Nonnullis argumentis, quae* IVSTVS HENNING BOEHMERVS *contra noſtram profert ſententiam reſpondetur.*

§. XVIII. GEORG. LVDOVIC. BOEHMERI, *argumenta ſententiae noſtrae contraria, recenſentur. Ad primum reſpondetur.*

§. XIX. *Secundum et tertium* BOEHMERI *argumentum refellitur. Concluſio.*

Digitized by Google

Q. D. B. V.

DE

PACTO EVICTIONIS NON PRAESTANDAE INVTILI

§. I.

Omnes contractus, praeter eſſentiam ſuam, et naturam negotii, accidentia quoque admittunt.

Conſtat inter omnes, qui iuris naturalis pariter, et ciuilis periti ſunt, in omnibus fere contractibus ea inueniri, quae partim illorum conſtituunt eſſentiam, partim e natura rei contrahendae oriuntur, partim ex accidentibus, vt aiunt, ſuperuenire ſolent. Ea, quae ad contractus eſſentiam pertinent, et eſſentialia plerumque audiunt, duplicis generis eſſe conſpiciuntur. Quandoquidem enim omnis contractus, cum rectae rationis praeſcripto, tum legis ciuilis auctoritate nititur, id ſane conſequitur, vt in iis diiudican-

dican-

Digitized by Google

dicendis, ad naturale iuxta, et ciuile ius oculos intendamus. Omnia igitur, quae ad conuentionem omnium videlicet contractuum genus, pertinent, atque eorum, qui in contrahendo negotio verſantur, conſenſum definiunt et manifeſtant, tanquam praecipua requiſita, in contractibus conſideranda ſunt. Simili ratione, illa, quae iure ciuili contractibus adiecta ſunt, etiamſi ſolemnem quandam formam reſpiciant, eiusdem plane generis eſſe cenſentur, quoniam ciuiles negligere leges, nefas habetur, et iisdem, VLPIANO [a]) teſte, *forma mutata, prope interimi ſubſtantiam rei*, ſtatutum eſt. Ea, quae ex natura contractus proficiſcuntur, propriae nimirum illius affectiones et naturalia plerumque vocari ſolent, e negotio iam perfecto, tanquam connexa, et concomitantia, facile cognoſcuntur. Quodſi enim contractus perfectus, atque omni ex parte perſpectus fuerit, facili propemodum negotio, poterit id omne intelligi, quod tanquam naturale quidpiam contractui ineſt, ſiue e principio eſſentiali, ſiue ex auctoritate legis, vel ex conſuetudine, illud, tanquam adminiculum aliquod externum, profectum ſit. Haec ſane ante oculos poſita habuiſſe videtur VLPIANVS [b]) cum de contractu emti venditi diceret: *quodſi nihil conuenit, tunc ea praeſtabuntur, quae naturaliter inſunt, huius iudicii poteſtate.* Ea autem, quae ſalua negotii ſubſtantia, et adeſſe et abeſſe poſſunt, et accidentalia nominantur, nonniſi e facto quodam in contrahendo ſpecialiter admiſſo, proficiſcuntur, adeoque probari ſemper debent, nec vnquam ex rei natura colligi poſſunt. Eo praeſertim referenda eſſe arbitramur pacta contractui adiecta, quibus conuentio pura, vel conditione, vel die, vel modo, aliqua ſaltem ratione tempera-

a) L. 9. §. 3. D. ad exhibend.

b) L. 11. §. 1. D. de act. emt. vend.

Digitized by Google

temperatur. Ita vero locum inuenit illud πολυθρύλλητον, [c]) *Pacta dant legem contractui.* Sed ſuperuacaneum foret, ſi eiusmodi rebus, quae per ſe patent, explicandis, iuſto diutius immorari vellemus, ad ea potius nos conuertemus, quae iure de iis valent, et adfirmari poſſunt.

§. II.

Effectus dictorum principiorum ſunt diuerſi.

Nimirum videbimus, qualem illa, quae adtulimus, contractuum principia, habeant effectum. Illa, quae contractus eſſentiam conſtituunt, id efficere, omnes DD, quod nos quidem ſciamus, recte ſtatuunt, vt is contractus, omnibus, vt aiunt, numeris, perfectus ſit, quem partes contrahentes animo intenderunt. Omnes enim partes neceſſariae, ſi in re quadam, adeſſe conſpiciuntur, non poſſunt non eundem effectum producere; quare fieri nequit, vt poſitis eiusmodi requiſitis, contractum aliquem perfectum exiſtere negemus, et contraria ex parte, vno alteroue requiſito neceſſario deficiente, contractum adeſſe adfirmemus. Hac enim ratione emtio venditio, cum ab vtroque contrahentium, in certam rem, certumque pretium conſenſum fuerit, iuris quadam neceſſitate perfecta eſt, ſicut e contrario talis vocari non poterit, vbi de re quidem conuenit inter contrahentes, de pretio autem alterutra pars dubia anceps que eſt, aut vbi pretio certo, res ipſa praeſtanda deficit. Accidentalium aliter comparata eſt ratio. Si illa contractui acceſſerunt, id certe efficiunt, vt praeſtetur, de quo inter contrahentes conuenit, ne pactorum fides, legumque autoritas [d]) imminuatur. Quia vero accidentalia e pacto, a contractu principali, plane diuerſo, originem ducunt,

c) ex arg. L. 39. D. de pact.
d) L. 1. pr. §. 1. 2. L. 7. §. 5. D. L. 10. C. de pact.

Digitized by Google

cunt, quin ſaluo contractu abeſſe poſſint, nemo, vt noſtra quidem fert opinio, in dubium vocabit. Hac enim ratione, emtio venditio eſt perfectiſſima, quamuis de retrouendendo, de in diem adiectione, et προτιμήσεος pactum, aliaque non fuerint adiecta. Quid vero de naturalibus, quae in contractu occurrunt, cenſendum eſt? Illa dum e natura, omni parte perfecti negotii, deducuntur, praeſtanda regulariter eſſe, fatentur omnes. Sed hoc loco quaeſtio oritur: num et quatenus ea, quae a natura inſunt contractui, ab eiusdem natura ſeparari poſſint? Diuerſam viros doctos, ea de re fouere ſententiam intelligimus. Certe inueniuntur, qui naturalia plerumque, indiſtincte mutari pactis poſſe ſtatuunt,[e]) aut ſi quid paullo diſtinctius proponunt, rem tamen ita enarrant, vt eorum ſententia, iuris analogiae vix ac ne vix quidem reſpondere videatur.[f]) Nos autem cum WOLFGANG. ADAM. LAVTERBACHIO[g]) ea in re definienda, probe diſtinguendum eſſe arbitramur, inter naturalia, quae vocant interna, quae e principiis dimanant eſſentialibus, et inter externa, quae vel legis auctoritate, vel conſuetudinis vſu nituntur. Quod illa, ſaluo contractu ſeparari nequeant, quilibet intelligit, qui rei eſſentiae, eiusmodi mutationes repugnare, iam animaduertit, quam ob cauſſam et ipſe VLPIANVS[h]) ait: Vendere non videri eum, qui pretium pro re vendita non exigit, adeoque ſalua emtione venditione, vt facultas exigendi pretium, ſemper ſalua maneat, neceſſe eſt. Haec autem, quod pacto mutari poſſint, facile concedimus, quoniam tam arcto, vt illa, vinculo, cum contractus ſubſtantia con-

e) LVDOVICI Doctrin. Pand. L. XII. tit. 1. §. 7.
f) STRVV Syntagm. Iuris ciuil. Exerc. XXIII. §. 25. 26.
g) Colleg. Pand. L. XIIX tit. 1. §. 65.
h) L. 36. D. de contrah. emt.

Digitized by Google

coniuncta non ſunt; vnde in eo vt retrouendatur, et praeſtatio culpae aliquando minuatur a natura contractûs diſcedere omnino licet. [i]) Tali igitur diſtinctione admiſſa adcuratius omnino, firmiusque de quolibet obueniente contractus genere, iudicium vnusquisque ferre poterit. Et quamuis VLRICVS ZASIVS [l]) dicat, ad hanc diſtinctionem opus eſſe, inſtructo ingenio, vtpote quae defatigauerit praeclariſſima ingenia, fundamento tamen illa gaudet, et talis omnino eſt, vt in diiudicandis eiusmodi rebus, nemo illa, facile carere poſſit. VLPIANVS [m]) quidem ab ea, quam protulimus, ſententia, alienus eſſe videtur, cum id praeſtari ſtatuit, quod inter contrahentes actum eſt; quodſi nihil conuenit, tunc ea praeſtabuntur, quae naturaliter inſunt. Videtur ICtus, his indicare verbis, mutationem naturae contractus, praecipue ſpectandam, atque ea demum naturalia, quae mutata non ſunt, obſeruanda, hisque accidentalia indiſtincte praeferenda eſſe. Sed non ita facili negotio probari poterit VLPIANVM hoc loco de naturalibus internis loqui, cum alio loco vbi is, idem argumentum tractat [n]) ſententiam ſuam, ea de re, longe alia exponat ratione pactumque et mutationem, locum in iis habere dicat, quae adminicula ſunt contractus. Deinde verum iſtius legis ſenſum eſſe arbitramur: vt ea, quae naturaliter inſunt contractui tunc iudicii bonae fidei poteſtate ſolum praeſtentur, vbi nihil inter partes ſpeciatim actum fuit; quare VLPIANVS naturalia iis, quae contractui acceſſerunt indiſtincte praetuliſſe, aut illa propter pactum adiectum amouiſſe omnia minime videtur.

 §. III.

i) arg. L. 72. pr. D. de contrah. emt. vend.
l) L. I. ſingul. reſp. c. 12.
m) ex L. 11. §. 1. D. de act. emt. vend.
n) vt in L. 72. pr. D. de contrah. emt. vendit.

§. III.

Argumentum diſſertationis conſtituitur.

His praemiſſis, quaeſtio excutienda eſt: quorſum in contractibus euictionis praeſtatio ſit referenda? vtrum illa mutationi per pactum ſit obnoxia, an ſaluo contractu, illa quoque ſalua maneat? Ad haec reſpondemus, illam euictionis praeſtationem, ſi in contractu quodam occurrit, nonniſi ad naturalia referri poſſe. Illam enim, neque ſubſtantiale requiſitum eſſe, neque vt accidens, in vllo contractu poſſe admitti oppido intelligimus, quoniam naturalis efflagitat aequitas, vt id, quod in alium transfertur, accipienti quoque vere habere liceat, illique damnum reſarciatur a tradente, cuius culpa res ablata atque euicta fuit. Nihil igitur impedit, quominus et naturae cuiuslibet contractus, ac iuris analogiae conſentaneum fore ſtatuamus, ſi quis euictionis praeſtationem, vnius cuiusque contractus natura et indole contineri, adeoque illam eſſe naturalem cenſuerit. Cum autem quaeritur: num illa praeſtatio per pactum, eum in modum poſſit remitti, vt etiam re euicta, nihil ab auctore eo nomine vnquam exigi poſſit? Nos ſi verum fateri voluerimus, eiusmodi pactum tanquam inutile, nihil prorſus valere arbitramur. Id autem erit, quod in hac diſſertatione paullo vberius explicare conſtituimus. Non quidem rem adferimus quae nouitatis gratia ſe commendare poſſit, quoniam argumentum, in quo enucleando verſabimur, a praeſtantiſſimis ICtis iam tractatum et variis legum, ea de re latarum, interpretationibus illuſtratum fuiſſe ſatis nouimus. Recenſet illos vir iuris peritia inſignis ILL. IVSTVS HENNING. BOEHMERVS [o]) ſimulque

o) in diſſ. Vindic. iuridic. pacti, de non praeſtanda euictione contra communes errores §. VI. ſqq.

que diuerſas exponit ſententias, quas pro ſuo quisque ingenio prodidit. Res autem propterea nondum confecta, atque extra omnem dubitationem poſita eſt. Nam etiamſi BOEHMERVS, noſtrae aetatis ICtus, omni laude maior, paucis abhinc annis, ſingulari diſſertatione, quam titulo *Vindiciarum iuridicarum pacti, de non praeſtanda euictione, contra communes errores edidit* [p]) ea, quae de hoc argumento in diſceptationem venerunt, adcurate diluere litesque inter ICtos ſubortas componere ſtuduit, omnem tamen e medio ſublatum diſſenſum, omnemque controuerſiam plane compoſitam fuiſſe, nemo facile dixerit. Vix enim in lucem BOEHMERI prodierat diſſertatio; cum noua ea de re oriretur diſceptatio. Nimirum FRANCISCVS ALEF, celebris apud Heidelbergenſes iuris Profeſſor, admodum aegre ferebat, errorum nomine, a BOEHMERO ICtorum refelli ſententias, quae communi velut adſenſu, huc vſque inualuerant. Propterea diſſertationem, quae talem prae ſe ferebat titulum: *Veritas communis opinionis, circa pactum, de non praeſtanda euictione contra nouiſſimos Boehmeri errores,* [q]) cum eruditis communicauit. Sic controuerſia adhuc ſub iudice eſſe videtur. Igitur, nonnihil curae operaeque in argumento poſuiſſe iuuabit, quod et ſtudiis, quae tractamus adcommodatum eſt, et praecipuam quamdam, in foro vtilitatem habere conſpicitur. Ita vero in omni argumento verſabimur, vt, primo quid per euictionis praeſtationem intelligi debeat, paullo dilucidius explicemus: deinde, quid leges de eiusmodi praeſtatione, tum in genere, tum in ſpecie praecipiant, ſtudioſe ac diligenter adferamus: et denique eorum, qui, a nobis diſſentiunt, opinio-

p) Hal. 1735.
q) Heidelb. 1736.

Digitized by Google

nem, ſuis momentis ponderemus, ſimulque leges, quae noſtrae aduerſari videntur ſententiae, quoad eius fieri poterit, conciliemus.

§. IIII.

Quid euictionis praeſtatio denotet explicatur.

Euincere, vt nemini ignotum eſt, de eo dicitur, qui rem poſſeſſori iuſta ratione, aufert, aut vincendo quaſi obtinet: *euictionem patitur* poſſeſſor, qui eo compellitur, vt rem reſtituat ex cauſſa, quae praeſentem poſſeſſionem anteceſſit: *euictio praeſtatur*, quoties ei, qui rem euinci paſſus eſt, damnum reparatur. Non prius autem de euictionis praeſtatione quaerere poſſumus, quam ſi res euicta ſit, ac poſſeſſori eadem, praeter eius culpam legitime fuerit ablata. Fac igitur haec accidere, quid praeſtare euictionem ſignificabit? In ea quidem opinione verſantur plurimi, vt ſtatuant, non pretium tantummodo, ſed id etiam, quod intereſt, eo nomine intelligi debere. Et hanc ipſam ſententiam Ill. BOEHMERVS [r]) tuetur. Paucos tantummodo inuenimus, qui, euictionem ſtricte acceptam, ſolum pretium continere, adfirmant. [s]) Sed neutram in partem, nos moueri, ingenue profitemur, quoniam vtraque ſententia ſuis impedita eſt difficultatibus, et ambiguitate laborat. Multo probabiliorem, elegantioremque rei explicationem, haud ita pridem ſuppeditauit FRANCISCVS GVILIELM. ROMANVS [t]) ICtus excellentiſſimus, cum in praeſtanda euictione, quantum damni poſſeſſor, per euictionem paſſus eſt, ſeu quanti eius intereſt, conſiderandum eſſe docuit. Quin-

r) diſſ. cit. §. III.
s) Vid. ALEF. diſſ. cit. §. XVII.
t) in progr. quo ſolemnia inaugural. Conſult. D. WISENHAVERN indiceret, diſſert. inaugural. ſubiuncto.

Digitized by Google

Quinimo vt haec ſententia confirmaretur legibus, nonnullas easque praecipuas adtulit, quas paucis repetere verbis, minime poenitet. Ita IVLIANVS[u]) *venditor*, inquit, *hominis emtori praeſtare debet, quanti eius intereſt, hominem venditoris fuiſſe.* Huic adſtipulatur PAVLLVS:[v]) *euicta re ex emto, actio non ad pretium duntaxat recipiendum, ſed ad id, quod intereſt competit. Ergo etſi minor eſſe coepit damnum emtoris eſt.* Cetera, quae huc pertinent, breuitatis cauſſa, omittimus. Maximum autem diſcrimen intercedit inter hanc noſtram et inter illam, euictionis praeſtandae rationem, qua, vel pretium et id quod intereſt, vel pretium tantum comprehenditur. Fieri enim poteſt, id quod Paullus etiam teſtatur, vt ſi res euicta minor eſſe coepit, damnum ſit emtoris, vt is ne pretium quidem integrum conſequatur. Ex quibus certe adparet, neutram opinionem, quam adduximus, locum habere. Quodſi nunc haec principia vere ad exempla obuenientia adcommodari debeant, neceſſe omnino eſt, vt ſeparentur caſus, et probe diſtinguantur. Res enim euicta, aut melior reddita, aut deterior facta eſt. Si prius acciderit, diſpiciendum eſt, vtrum ab euincente iam ſatisfactum fuerit poſſeſſori, nec ne? Si poſterius contigerit, videndum erit, an res minor deteriorque eſſe coeperit, interitu cuiusdem partis, an ſola temporis iniuria? Quibus omnibus diſtincte ac circumſpecte expenſis animo et conſideratis, facillimum, vt opinamur, erit iudicium, quid et quantum aliquis euictionis nomine conſequi poſſit. Non longius autem euagabimur in hac principiorum adplicatione, partim, quod modo laudatus auctor haec omnia, ſatis et abunde enucleauit,

u) L. 8. D. de euict.
v) L. 70. D. eod.

Digitized by Google

uit, partim, quod ſatis erit, ſtrictim ea attigiſſe, quae rei, quam tractamus, explicationi praemitti debuerant. Quilibet vero, ex iis, quae adtulimus cognoſcere poterit, quid ſecundum leges, per euictionis intelligatur praeſtationem. Quod reliquum eſt, vnus adhuc ſupereſt caſus, quo partes, ſicut olim, ita et hodie, per ſingularem quandam ſtipulationem vel pactum ſibi proſpexerunt, ac in caſum euictionis, ſimplum vel duplum, et nonnunquam triplum vel quadruplum, a tradente promitti curauere, eoque modo id, quod intereſt, certum definire adgreſſi ſunt. x) Sed inſtituti, quod tenemus, ratio non permittit, vt haec pluribus verbis perſequamur, praeſertim cum pactum de praeſtanda, et viciſſim de non praeſtanda euictione, neque ſimul conſiſtere, neque adeo ſic quaeſtio proponi poſſit, an pactum remiſſorium valeat?

§. V.

Pactum de non praeſtanda euictione eſt inutile, quia euictio eſt naturale internum.

Iam argumenta proferenda ſunt, quibus adducimur, vt euictionis praeſtationem remitti non poſſe credamus. Primum ex euictionis natura depromtum eſt. Dum enim illius rationem paullo adcuratius intuemur, animoque perpendimus, eandem eo praecipue ſpectare reperimus, vt accipienti rem, a tradente profectam, ſecure nec interrupta ſerie, habere liceat. Id vero haud obſcure teſtatur GAIVS z) qui emtori, quoties rem ei habere licet, nullam aduerſus venditorem concedit actionem. Idem eiusmodi probat exemplo: *ſi is, qui emtorem in euictione rei vicerit, ante*

x) L. 56. pr. D. de euict. et dupl. ſtipulat.
z) L. 57. D. eod.

ante ablatam, vel abductam rem, ſine ſucceſſore deceſſerit, ita vt neque ad fiſcum bona peruenire poſſint, neque priuatim a creditoribus diſtrahi, tunc enim nulla competit ex ſtipulatu actio, quia rem habere ei licet. Cum enim emtor, hoc caſu, rem a venditore acceptam adhuc habet, illamque retinet, quid quaeſumus opus erit auxilio iuris? quid opus, ſecuritatis exitu? Si vero e contrario abducta res fuerit aut ablata ſecuritatem et actionem lex pollicetur, quia neceſſe eſt vt *rem habere ei liceat.* Cuius rei cauſſam vberiorem ſi forte quaeſieris, inde cognoſcas, quod ex cuiuslibet contractus ſubſtantia, hoc vt fiat immediate, ſequitur. Finge exempla, quaecunque volueris, et poſita contractus ſubſtantia, ſemper neceſſariam hanc conſecutionem obſeruabis. Ita ſe res habet in emtione venditione. Nam certa res emtori tradenda ſimul continet neceſſitatem, vt eam emtor conſequatur et habeat, quippe alias certam ſubeſſe rem, nemo dixerit. Eadem mutui eſt ratio. Ille enim, qui mutuo accipit, rem iſtam fungibilem retinere propterea debet, quia dominium, quod contractus requirit, alias vix mente concipi poterit translatum. Neque de permutatione aliter ſtatuendum eſt, vbi res fruſtra cenſetur data, niſi rem meam accipiens, id praeſtet, quo rem mihi traditam habere liceat. Alia iam ſilentio praeteribimus exempla. Quae vero in contractibus ita ſunt comparata, vt ex principiis illorum eſſentialibus enaſcantur, illa eſſe naturalia interna, iam ſupra demonſtrauimus. Quidni ergo noſtra euictionis praeſtatio, quam eiusdem plane indolis eſſe intelligimus, cum e requiſito eſſentiali fluat, naturalibus illis internis adnumeranda fuerit? Iam cum ſupra probauimus, eiusmodi naturalia, a contractu, ita, vt hic ſaluus maneat, ſeparari non poſſe, quid ſtatui de pacto euictionis non praeſtandae debeat, in aperto poſitum eſt. Manifeſtam ſcili-

cet admitteret contradictionem, ſi quis valere hoc loco, pactum dixerit. Accipientem enim rem habere, et ſimul non habere, contrahentes voluiſſe largiretur, id quod ſalua iuris analogia nemini profiteri licet. Propterea ſatis adpoſite, ad rem praeſentem ſcribit LABEO: [a]) *nemo poteſt videri eam rem vendidiſſe, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat; ſed hoc aut locatio eſt, aut alius genus contractus.* Quid clarius, quid dilucidius quaeſo, his verbis eſſe poterit? Ex iisdem ſimul patet, quid fiat, ſi pactum remiſſorium nihilominus adiectum ſit: aut vitio laborat totus contractus, aut fit alius cuiusdam contractus genus, dummodo nouo quodam nomine ornari, et ſic valere poſſit. Sic ſtatuas, aliquos contractum iniiſſe pignoratitium, vt creditor pignus poſſideret, ſed conueniſſe tamen ſimul inter eos, vt ne debitor, poſtquam dominus pignus vindicauit, eo nomine creditori teneretur; e principiis certe adlatis, non tam pignus, quum depoſitum contractum cenſeri poteſt. Quae cum ita ſint, nullam adeſſe cauſſam conſpicimus ob quam cum celeberr. ALEF [b]) adfirmemus, praeſtationem euictionis, eſſe de eſſentia contractus. Ordinem enim, quo rem tractare coepimus, ſequuti, facere non poſſumus, quin diſcrimen, inter eſſentiam contractus, et inter id, quod ei, vt naturale internum, ineſt, hoc agnoſcamus, vt illud tanquam principium, hoc autem, vt cum philoſophis loquamur, tanquam principiatum habeamus. Ceterum, cum naturale internum, ſi illius ſpectaueris effectum ad contractus perfectionem, vim et efficacitatem, aeque faciat, vt pars aliqua ſubſtantialis, per ſe omnino patet, nos hac ex parte neutiquam diſſentire a FRANCISCI

ALEF

a) L. 80. §. 3. D. de contrah. emt.

b) cit. diſſ. §. XVII. in verbis: *notandum denique* et rel.

ALEF ſententia, quandoquidem naturalia interna pacto immutari non poſſe, ſemel iterumque profeſſi ſumus.

§ VI.

II. Quia pactum contra ſubſtantiam contractus adiectum ipſo iure nullum eſt.

Quae e principiis, quae quaſi praeſtructa fuerunt, certis atque indubitatis deduximus, ea nunc ipſis confirmare legibus et vberius illuſtrare conſtituimus. Demonſtrabimus itaque, quod pactum quale contractibus adiectum deſcripſimus remiſſorium, propterea nihil efficere queat, quoniam conuentio contra contractus ſubſtantiam facta, ipſo iure habetur nulla. Audiamus ea de re POMPONIVM [c]) ſic pronunciantem: *ſi vendidi tibi inſulam, certa pecunia, et vt aliam inſulam meam reficeres, agam ex vendito, vt reficias. Si autem hoc ſolum vt reficeres eam conueniſſet, non intelligitur emtio venditio facta.* Tollit hoc pactum, cuius in lege fit mentio partem aliquam emtionis venditionis ſubſtantialem, et ideo nullum eſt, quippe ſi valeret, venditor e vendito aduerſus emtorem, etiam vt inſulam tantum reficeret, agere poſſet, quinimmo, ipſe contractus cui adiectum fuerat, ſubſiſteret. Paullo clarius rem exponit CELSVS [d]) *cum precario aliquid datur, ſi conuenit, vt in Kalendas Iulias, precario poſſideat, num quid exceptione adiuuandus eſt, ne ante ei poſſeſſio auferatur? Sed nulla vis eſt huius conuentionis, vt rem alienam domino inuito poſſidere liceat.* Quis quaeſo non ſtatim intelligat ſententiam noſtram hac defendi lege? *precarium enim,* inquit VLPIANVS [e]) *eſt, quod precibus petenti*

c) L. 6. §. 1. D. de act. emt.
d) L. 12. pr. D. de precar.
e) L. 1. D. eod.

tenti vtendum conceditur, tam diu, quam diu is, qui conceſſit, patitur. Id igitur quod precarium dicitur, per ſe requirit, vt accipiens rem precario acceptam, quandocunque hoc placuerit danti reddat. Quodſi vero pactum, cum precarii eſſentia et natura pugnans, adiectum fuerit, nullius id virtutis, atque efficacitatis eſſe, diſertis his verbis declaratur. Sed alia etiam in promtu ſunt, eiusdem argumenti exempla. Sic VLPIANO [f]) teſte, *refert* ARISTO CASSIVM *reſpondiſſe, ſocietatem talem coiri non poſſe vt alter lucrum tantum, alter damnum ſentiret, et hanc ſocietatem leoninam ſolitum adpellare.* Et nos pergit VLPIANVS *conſentimus, talem ſocietatem nullam eſſe, vt alter lucrum ſentiret, alter vero nullum lucrum, ſed damnum ſentiret, iniquiſſimum enim genus ſocietatis eſt, ex qua quis damnum, non etiam lucrum ſpectet.* Cetera his ſimilia, nunc ſilentio transmittimus. [g]) Ea vero quae ceteroquin in medium protulimus, ſatis, vt opinamur, docere poterunt, eiusmodi generis pacta, vel ipſum, cui adiecta ſunt, contractum vitiare, vel per ſe ita eſſe comparata, vt nihil, integro manente contractu efficiant. Vtroque enim caſu patet, pactum ipſo iure, eſſe irritum. Cum enim integer manet contractus, id quod in precario quidem vidimus, res ipſo meridiano, vt in prouerbio eſt, ſole clarior erit. Si vero tale pactum efficit, vt contractui vis inferatur, aut ille prorſus deſtruatur, aut alius, exinde enaſcatur, nihil omnino valebit pactum, eo ſaltem reſpectu, quo adiectum fuit. Si enim, vt rem illuſtremus exemplo, conuentum fuerit, vt pro re vendita res detur, adeſt quidem permutatio, non autem

f) L. 29. §. 2. D. pro ſocio.

g) Plura collecta reperies, in conſultiſſimi Praeſidis diſſertat. de impoſſibili conditione, contractum non vitiante. §. IX.

Digitized by Google

autem emtio venditio, adeoque nec pactum aderit, emtioni venditioni adiectum. Sed plane aliam, et noſtrae, quam adtulimus, explicationi maxime contrariam fouere videtur ſententiam PAPINIANVS[h]) qui *contra bonam*, inquit, *fidem et depoſiti naturam eſt, vſuras ab eo deſiderare, temporis ante moram qui beneficium in ſuſcipienda pecunia dedit: ſi tamen ab initio de vſuris praeſtandis conuenit, lex contractus ſeruabitur.* Illi ſuffragatur PAVLLVS[i]) qui conuentione inita, vt quoad omne depoſitum argentum reddatur, in ſingulos menſes, ſingulasque libras, vſurarum nomine, quaterni oboli ſubminiſtrentur, ſecundum hanc conuentionem vſuras quoque actione depoſiti, peti poſſe, reſpondit. Et haec ſuo comprobat calculo ALFENVS[k]) qui ſtatuit: locati conducti contractum adhuc valere, tametſi locator operae res illas, quarum intuitu operae erant conductae non easdem ſed ſimiles reſtituat. Videntur ſane illi, quos nominauimus ICti, fateri, quod contractus idem ſubſiſtat, et maneat, quamuis pactum contra illius ſubſtantiam adiectum fuerit; videntur etiam hac ratione, eiusmodi pactis, ſuum valorem tribuere. At enim, ſi illorum ſententiam, recte animo et cogitatione complectimur, longe aliter eos ſenſiſſe, reperimus, ac verba primo adſpectu prae ſe ferre videntur. Fallimur? aut ALFENVS dubitationem, quae ſuboriri poterat, ipſe ex animo eximit. Vt ſua res luce radiet, ipſa ALFENI[l]) adſcribemus verba: *In nauem*, inquit, *Saufeii cum complures frumentum confunderant, Saufeius, vni ex his frumentum reddiderat de communi, et nauis perierat. Quaeſi-*

C 3

h) L. 24. in fin. D. depoſit. vel contra.
i) L. 26. pr. Dig. eod.
k) L. 31. D. locat. conduct.
l) in all. L. 31. D. loc. cond.

Digitized by Google

Quaeſitum eſt, an ceteri pro ſua parte frumenti, cum nauta agere poſſunt, oneris auerſi actione? Reſpondit, rerum locatarum duo genera eſſe: vt aut idem redderetur, ſicuti cum veſtimenta fulloni curanda locarentur: aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum puſilatum fabro daretur, vt vaſa fierent, aut aurum, vt annuli: ex ſuperiore cauſſa rem domini manere; ex poſteriore in creditum iri. Idem iuris eſſe in depoſito, nam ſiquis pecuniam numeratam, ita depoſuiſſet, vt neque clauſam, neque obſignatam traderet, ſed adnummeraret, nihil aliud eum debere, apud quem depoſita eſſet, niſi tantundem pecuniae ſolueret: ſecundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum. Vtrumque exemplum depoſiti pariter, et locati conducti, ante oculos poſitum ALFENVS habuit, et vtriusque duplex genus eſſe tradidit, altero res eadem, altero eiusdem generis, ſeu ſimilis res redditur. Multo dilucidiorem, et clariorem rem adhuc faciunt, PAPINIANVS et PAVLLVS, quorum ille conuentionem, vt tantundem ſoluatur, notiſſimos depoſiti terminos egredi; hic vero contractum in quo vſurae promiſſae, depoſitae pecuniae modum excedere dicit; vnde conſequitur, vt depoſiti, pariter ac locati conducti contractus, in regularem et irregularem diuidi, dictaeque leges, nonniſi de ſpecie poſteriore, accipi poſſint. Vbicunque igitur in depoſito promittuntur vſurae, aut in locatione conductione res redditur ſimilis, ibi pactum acceſſiſſe, nemo dixerit, quod contractus naturae repugnaret. Quod ſi quis forte quaeſiuerit, quid eſt cauſſae, cur non potius id, quod eſt veluti creditum ſubſtituatur? is e legislatore, quaeſumus, cauſſam quaerat. Sufficiat hic vidiſſe, legibus eſſe ſancitum, vt quibusdam in contractibus dignoſcendis ad partium voluntatem, nonnunquam ſimul reſpiciatur. Itaque ſalua et illibata, regula

noſtra

noſtra manet, conuentionem contra ſubſtantiam contractus adiectam, ipſo iure non valere. Omne autem id, quod eſt contra ſubſtantiam, illud non minus eſt contra naturalia interna, quoniam haec non niſi ex illis intelliguntur, adeoque inter vtrumque, quaedam quaſi cognatio, et ea quidem arctiſſima, et maxime neceſſaria intercedit. Quemadmodum igitur pactum, contra contractus ſubſtantiam adiectum nullum eſt, fieri non poteſt, quin illud eiusdem ſit generis, vbi contra naturalia interna, de re quadam conuentum eſt. Iam vero pactum de non praeſtanda euictione, vt ſupra demonſtrauimus, contra naturalia interna eſt, quare quin id ſimili ratione, nullum ſit, dubitare a nemine poterit.

§. VII.

III. ob L. XI. §. vlt. D. de act. emt. vendit.

Comprobant praeterea noſtram ſententiam, diſerta legis verba, e quibus pactum eiusmodi inutile eſſe, maxime elucet. Sunt illa VLPIANI, [m]) e digeſtis IVLIANI deſumta: *Sed* IVLIANVS *ſcribit, etiamſi aperte venditor pronunciet, per ſe, heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat, poſſe defendi, ex emto in hoc quidem non teneri, quod emtoris intereſt; verum tamen vt pretium reddat teneri. Ibidem ait, idem eſſe dicendum, etſi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine praeſtatum iri, pretium quidem deberi, re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus, hac patitur conuentione, vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret.* Concedit haec lex, vt verba prae ſe ferunt, actionem emtori, aduerſus venditorem, etſi pactum de non

m) L. 11. §. vlt. D. de act. emt. vendit.

Digitized by Google

non praeſtanda euictione acceſſerit, tamen re euicta, ad id vt pretium reſtituatur. Ne autem id tantummodo, in emtione venditione obtinere videatur locum, conſideranda eſt ſimul, ratio adiecta generalis: *neque enim bonae fidei contractus, hac patitur conuentione, vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret.* Quid hoc aliud deſignat, quam quod natura negotii poſtulat, vt accipienti rem habere ſemper liceat, neque alia ratione idem negotium ſubſiſtere poſſit? In quocunque igitur contractu eadem eſt natura, eademque valent principia, in eodem neceſſe eſt, vt nihil aliud admittamus, praecipue cum nonniſi in iure communi verſemur. Satis itaque expoſita, perſpectaque ſententia legis eſt, quae remiſſionem euictionis praeſtandae, prorſus inutilem eſſe, manifeſtat. Et hac ex parte, eandem nobiscum fouet ſententiam ANTONIVS FABER [n]) de cuius tamen opinione, quod verba: *etſi aperte et rel.* ad conuentionem ſpecialem referenda ſint, paullo poſt dicendi locus erit. Nunc alia eiusdem verba legis excutienda vberiusque exponenda nobis ſe offerunt. Cum enim in lege dicatur, ſiue quis de facto ſuo, tantum promiſerit euictionem, ſiue apertius pactum, de non praeſtanda euictione, in contractu deprehendatur, *venditorem in hoc quidem non teneri, quod emtoris intereſt*, aut *vtilitatem non deberi*, quorſum haec verba ſpectent, breuiter diſpiciendum eſt. Certe pacto, de quo diſputamus, effectum quemdam tribuere, eoque minus fauere nobis videntur, quo diligentius iam oſtendere ſtuduimus, praeſtationem euictionis, per id quod intereſt, explicandam eſſe. Sed res ſalua eſt. Quemadmodum enim quaelibet iuris regula, ſuis circumſcripta conſpicitur limitibus extra

n) in rational. ad L. 11. §. 18. de act. emt. vendit.

Digitized by Google

extra quos euagari leges non permittunt; ita et noſtrum principium, quo euictio praeſtanda pacto remitti non poteſt, eiusmodi terminis non deſtituitur. Hos verba: *venditorem in hoc non teneri, quod emtoris intereſt*, item *vtilitatem non deberi*, vnicuique ante oculos conſtituunt. In hiſce vero terminis adcurate conſtituendis, neceſſe eſt, vt diſquiramus, quo ſenſu vox *intereſt*, et *vtilitas*, hoc loco accipi debeat. Obſeruamus autem, τὸ *intereſt* per vtilitatem explicari, id quod e verborum ſerie, niſi omnino fallimur, nullo negotio colligi poterit. Et hanc ob cauſſam, τὸ *intereſſe*, hoc loco, ſeu quod idem eſt, *vtilitatem non deberi*, aliud nihil ſignificat, quam lucri ceſſantis, vel damni obuenientis, vltra verum rei, de qua agitur, pretium, aeſtimationem. Pretium enim, inquit IVLIANVS, re euicta debetur, adeoque illud ſub vtilitate non poteſt comprehendi. Eodem modo PAVLLVS[o]) dicit: *verbo reſtitutionis, omnis vtilitas continetur* veluti cum Praetor dicat, vt opus factum reſtituatur, ſi quis poſt nunciationem, remiſſione nondum impetrata, aedificauerat, non tantum opus deſtruendum, ſed et damnum inſuper aedificando illatum reſarciendum eſt. [p]) Habes hic pariter rem quandam reſtituendam, aut factum redintegrandum, et deinde vtilitatem, quae praeter rei reſtitutionem, factique redintegrationem praeſtanda eſt, vbi hoc inprimis animaduertimus, id quod intereſt, ſeu vtilitatem, in iure noſtro, interdum non omne, quod noſtra, ſeu cuiusdam intereſt, ſed praeter veram rei aeſtimationem, damnum tantum ſignificare. Quae cum ita ſint, limites regulae noſtrae, in eo ponuntur, vt in iis, quae alioquin praeter

o) L. 81. D. de V. S.

p) Conf. L. 21. §. 4. D. de nou. op. nunc. iuncta L. 73. D. de V. S.

praeter rei euictae aeſtimationem reſarcienda et compenſanda fuerant, pactum remiſſorium adiectum non improbetur. Ita vero principium noſtrum determinatum magis, eoque firmius ſententia, quam tuendam ſuſcepimus, corroborata eſt. Quid enim limitatione, ſi pactum valeret, opus fuerat? Neque id obſtare poteſt, quod ſupra quidem docuimus, praeſtationem ſcilicet euictionis, omne quanti intereſt, continere. Tametſi enim noſtra ſententia, pacto, de non praeſtanda euictione, inito, corruere videtur, eo quod, ex opinione IVLIANI, id quod intereſt, ſeu vtilitas non debeatur: diuerſitas tamen ſignificationis, phraſeos: *quod intereſt*, ſicuti iam a nobis expoſitum eſt, praecipue ſpectari, atque ita id quod intereſt in genere, et quod praeter veram rei aeſtimationem intereſt, probe diiudicari, et diſtingui debet. His perſpectis, et pro eo, ac decet aeſtimatis, extra omnem dubitationem poſitum eſt, illud, quod generatim intereſt, per hoc ſpeciale, ſicuti a IVLIANO factum eſt, definiri omnino poſſe. Illud autem hoc loco adhuc addendum eſt, dictos IVLIANI limites, non in omni caſu locum habere, ita vt pactum remiſſorium, ſi vtilitatem ſpectaueris, tantummodo aliquid efficiat; quodſi enim tempore euictionis, res euicta minor eſſe coeperit, monente a nobis adducto PAVLLO [q]) damnum eſt emtoris. Fingamus igitur aedificium incendio, aut fundum partis interitu, antequam euenit euictio, deteriorem factum: fingamus praeterea, pactum de non praeſtanda euictione acceſſiſſe, quid, quaeſumus vtilitatis ſeu illius quod intereſt tibi ſupereſſe poterit, cum ne pretium quidem integrum emtor hic repetere queat? Quid quaeſumus de pacti remiſſorii effectu iudicabis?

q) L. 70. D. de euiction.

Digitized by Google

dicabis? nonne parum, aut nihil tale pactum proderit? Nos profecto minime dubitamus, quin IVLIANI limites hoc in exemplo ceſſent.

§. VIII.

Caſus vbi tale pactum, quoad vtilitatem ne quidem valet, e mente Iuliani proponitur.

Vidimus IVLIANVM, maxima ex parte, noſtrae fauere ſententiae, eamque coercere intra limites. Cum vero is caſum proponit, vbi tale pactum ne quoad vtilitatem quidem valere poteſt, etiamſi maxime interſit emtoris, operae pretium nos facturos putamus, ſi etiam hunc ipſum caſum et eius rationem ſtrictim quaſi carptimque producamus. Verba legis iam adductae [r]) haec ſunt: *niſi forte ſciens alienum vendit, tunc enim ſecundum, ſupra a nobis relatam Iuliani ſententiam dicendum eſt, ex emto eum teneri, quia dolo facit.* Vt ſententia legis apertiſſime pateat, repetemus breuiter, quae iam ex eadem adtulimus. Principium, quod exponebatur, hoc erat: pactum de non praeſtanda euictione eſt inutile. Id hoc modo, et quibusdam veluti limitibus circumſcriptum fuerat: valet tamen hoc pactum, vbi quaeritur de vtilitate, praeter veram rei aeſtimationem, praeſtanda, modo illius, cui res euincitur, in tantum etiam vere interſit. Iam excutiemus exemplum, vbi protinus adparebit, dictum pactum, nullius plane eſſe momenti, quamuis res ita ſe habeat, vt, vltra verum rei pretium, vtilitas quaedam, per euictionem amiſſa queat probari. Huc pertinent adducta legis verba: *niſi forte ſciens alienum vendit.* Fac igitur Titium

D 2 ſcientem

r) L. 11. §. vlt. in fine D. de act. emt. vend.

ſcientem vendidiſſe equum, non ſuum, ſed alienum, qui Iauoleni fuerat, ſibique pacto, ne praeſtet euictionem, proſpexiſſe. Iam equus euincitur, poſtquam pretium illius inſigniter creuit, ſic vt emtor eum euictionis tempore, pluris quam emerat, vendere potuiſſet. Illo euicto, emtor non modo pretii, quo emerat equum, ſed et vtilitatis ſeu incrementi iacturam facit. Iam quaeſtio oritur: an ad vtrumque, aut, an ob pactum remiſſorium, ad pretium tantum reſtituendum, venditor ex emto teneatur? Huic quaeſtioni decidendae IVLIANVS reſpondet, nihilque prodeſſe pactum ait, ſiquis ſciens alienum vendit. Hanc ſententiam exquiſita hac ratione confirmat: *quia dolo facit* ſicuti enim dolus nemini patrocinatur, et pactum, quo, quis alium circumuenire ſuſtinet, tanquam iniquitatis vinculum, nullam obligandi vim habet; ita et cum analogia iuris, et cum aequitate conuenit, quod IVLIANVS ſtatuit, venditorem ob dolum admiſſum, pacto non obſtante, emtori ad omnia teneri. Et iisdem principiis IVLIANVS ille, alibi etiam vtitur, cum inter eum, qui ſciens aliquid, eumque, qui ignorans vendidit quidpiam, maximam differentiam conſtituit in condemnatione ex emto. Dicit enim: illum, qui pecus morboſum, aut tignum vitioſum ignorans vendidit, id tantum ex emto actione praeſtiturum, quanto minoris eſſem emturus, ſi id ita eſſe ſciſſem: *Si vero ſciens retinuit et emtorem decepit*, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxit praeſtiturum ei. [s]) Quibus rite collatis, ſatis ſuperque patet, ea, quae ex cuiusquam dolo profecta ſunt, ſiue pactum de non reparando damno acceſſerit, ſiue illud abfuerit, ſemper tamen eſſe praeſtanda. Id nunc ſupereſt, vt adlatam IVLIANI ſenten-

s) L. 13. pr. D. de act. emt. vendit.

ſententiam ab obſcuritate liberemus, cuius illa arguitur. Illam praecipue hiſce ineſſe verbis D. D. exiſtimant: *tunc enim ſecundum ſupra a nobis relatam* IVLIANI *ſententiam.* Scilicet disquirere ſolent, quae ſit illa ſententia, ſecundum quam, ſi doloſe venditor egerit, cauſſa diiudicari debeat? ILL. BOEHMERVS [t]) cum HENRICO a SVERIN [u]) illam, in eodem paragrapho ſe inuenire arbitratur, ac rem ita interpretatur, vt venditor quoties in dolo ſit, ad pretium quidem reddendum, non vero ad vtilitatem praeſtandam conueniri queat. Quia autem in verbis, quae paragraphum finiunt, dolus diſerte adiicitur, cuius tamen in iis, quae proxime praecedunt, verbis, nulla prorſus mentio facta eſt, ab hac ſententia nos animo eſſe alienos, diffiteri non poſſumus. In aliam adductus opinionem fuit FRANCISCVS ALEF [v]) qui voces: *ſupra relatam*, ex eadem quidem lege, minime vero ex eodem paragrapho explicat. *Tunc enim*, inquit, *ſecundum ſupra*, intellige in paragraphis praecedentibus [x]) *relatam Iuliani ſententiam.* Nos autem non negamus, hanc vltimam opinionem, magis veritati eſſe conformem, propterea quod in iis paragraphis, quos adfert ILL. ALEF pariter de dolo venditoris agitur, eademque ibidem principia reperiuntur. Altero enim paragrapho dicitur: *qui alienum ſciens vendidit, dolo non caret et ideo emti iudicio tenebitur;* altero: *dolum plane venditor praeſtabit;* cumque in reliquis totius legis paragraphis, nihil inueniatur, quod magis verbis, in fine legis poſitis, reſpondeat, veriſimile omnino videtur, VLPIA-

t) in diſſ. cit. §. XVIII.

u) in repetit. lect. iuris cap. 43.

v) in diſſ. cit. §. XIV.

x) Scilicet §. 15. et 16. eiusd. l, ab Vlp.

Digitized by Google

NVM cum haec adiiceret, non tam ad eundem paragraphum, quam potius ad illos, quos iam adduximus, paragraphos ſpectaſſe, qua ratione IVLIANI ſententiam vltimo loco relatam, iis, quae deeſſe videbantur, veluti compleuiſſe exiſtimandus eſt. Expoſitis itaque VLPIANI pariter et IVLIANI verbis, prolatisque rationum momentis, facile adducimur, vt eam, quam defendendam ſuſcepimus, ſententiam ſatis confirmatam eſſe credamus.

§. VIIII.

Negotium, quo aliquis ſpem tantummodo ſibi parauit, ne ex mente Iuliani quidem, eiusmodi euictionis exemplum continet.

Vt nihil dubitationis in lege' cuius potiora explicuimus capita relinquatur, ea, quae adhuc intacta omiſimus, nunc paullo clariora et magis expoſita reddere ſtudebimus. Dixit IVLIANVS: *etſi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine praeſtatum iri, pretium quidem deberi re euicta vtilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus, hac patitur conuentione, vt emtor rem amitteret et pretium venditor retineret: niſi forte ſic quis iſtas ſupra ſcriptas conuentiones recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat; veluti cum futurum iactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamſi nihil capit nihilominus emtor pretium praeſtare neceſſe habebit.* Primo haec verba regulam complectuntur: *quod pactum de non praeſtanda euictione non valeat,* limitibus hiſce adiectis, *niſi quoad vtilitatem, quae pacto interueniente non debetur.* Deinde ſequitur caſus, quo aliquis ſpem ſibi parauit: vbi in ia-

in iactu retis futuro emto ICtus perſpicue tradit, emtorem fore obſtrictum, vt pretium praeſtet, etiamſi nihil captum ſuerit. Quomodo hoc fiat non ſine cauſſa quaeritur? Nos ſane illius rei cauſſam non in conuentione, ſed in natura eiusmodi contractus, quaerendam eſſe arbitramur. Quotiescunque enim aliquis emit iactum retis futurum, aut poſitis indaginem plagis, et quae ſunt eiusdem generis alia, toties non rem quandam proprie talem, et prorſus definitam, ſed negotium quoddam, ſeu actum, cuius euentus maxime dubius et incertus eſt, emit; vbi ſi actus re ipſa ſecutus eſt, emtor, de contractu non prorſus impleto, nulla ratione queri poterit, quoniam actus non euentus, qualiscunque ille fuerit, venditus eſſe cenſetur.[z]) Quibus vti par eſt, poſitis, fieri nunquam poterit, vt emtori res emta, ex culpa vel cauſſa venditoris, ab alio quodam auferatur; voluit enim piſcium tantum capturam, neutiquam vero ſimpliciter piſces habere. Praeſtito igitur capturae actu, quaerendum non eſt de piſcibus captis, ſed quia hunc contractum legibus non improbatum volenti, non fit iniuria, et res comparanda iam in promtu eſt, adeoque ſubſtantia contractus non diſturbatur, ſua ſorte erit contentus emtor, quamuis centum pluresue ranae captae fuerint. Vbicunque vero res quaedam non ex culpa vel cauſſa tradentis, ſed vel ob naturam contractus, vel caſu fortulto, auferuntur, ibi exemplum euictionis praeſtandae fingi ne quidem poteſt. Elicitur ergo e natura commemorati contractus, nullam hic euictionis praeſtandae neceſſitatem inueniri. Qualis quaeſumus conuentio, qua remittitur, quod nunquam debetur? Certe ſi inita etiam fuerit talis conuentio, perinde valeret, ac ſi quis pactus ſit, vt alter digito coelum con-

z) Vid. L. 8. D. de contrah. emt. L. 10. D. de haered. vel act. vend.

contingeret. Neque vero obſtat quod CELSVS [a]) ait: *ſi iactum retis emero, et iactare retem piſcator noluit, incertum eius rei aeſtimandum eſt:* hic enim non tam euictio quam impletio contractus primaria deſideratur, quae duo neutiquam confundi debent. His ita expoſitis, quid de ANTONII FABRI [b]) ſententia ſtatuendum ſit, paucis verbis indicabimus. Nimirum is nulla conuentione effici poſſe exiſtimat, vt emtor pretium et mercem amittat, quod bonae fidei contractus, hanc legem non patiatur; quin immo ex ipſa lege noſtra, ſententiam ſuam defendit ita: quod textus ait: *etſi aperte* non ad generalem conuentionem referendum eſt, vt male AZO credit, ſed ad ſpecialem; nec enim vnquam generalia, tam aperta ſunt, quam ſpecialia, ſed vt plurimum ſua generalitate obſcura. Nos, ea quidem in re, cum FABRO conſentimus, quod pactum efficere nequeat, vt emtor et pretium et mercem amittat, id enim cum verba legis, tum adducta a nobis argumenta confirmant. Cum vero is ſtatuit, verba legis: *etſi aperte* non ad conuentionem generalem, ſed ad ſpecialem, emtionem ſcilicet ſpei, eſſe referenda, eidem ſuffragari nullo modo poſſumus. Nihil ſane valet adducta, explicatio, propter ea, quod ne merx ſimpliciter quidem emta eſt, adeoque non neceſſario debetur, tanto minus euictio locum habet, cum nihil peruenerit ad emtorem; quare nec pactum eiusmodi ſpeciale, quo quidquam remittitur, quod in ſe non debetur, vnquam concipi poteſt. Neque mouere nos poterit verbum *aperte* quo, tanquam praeſidio quodam FABER ſententiam ſuam tuetur, atque ita ſpecialia apertiora eſſe generalibus, perhibet: veremur enim vt eo reſpexerit

a) L. 12. D. de act. emt. vendit.

b) in rational. ad l. 11. §. 18. D. de act. emt. vendit.

Digitized by Google

xerit IVLIANVS; illud verbum potius, vt orationis nos docet ſeries, non modo exemplum illud, vbi venditor, aut eius heredes, ſed etiam illud, vbi tertius quilibet rem emtam euincat, comprehendere videtur. Neque tamen a nobis impetrare poſſumus, vt ei, quam iure conſultiſſimus BOEHMERVS adtulit, interpretationi, per omnia ſubſcribamus. Nimirum ille diſtinguendum eſſe putat, inter pactum quo generaliter et indefinite cautum fuit, vt nihil euictionis nomine praeſtetur, et inter pactum, quo ſpecialiter et definite confectum eſt, vt venditor nummos habeat, quamuis merx ad emtorem non pertineat, inde vero vir illuſtris colligit, FABRVM, in eo, lapſum fuiſſe quod IVLIANVM, in verbis: *etſi aperte*, de pacto ſpeciali loqui crediderit; qui tamen ibidem de generali tantum ſit locutus. At enim nullum dari eiusmodi pactum ſpeciale, quod proponit BOEHMERVS, ex modo dictis, liquide conſtare exiſtimamus. Quare etiam errare FABRVM, facile largimur, eo quod legem de pacto quodam interpretatur, quod, nullo loco exiſtit. Sed eadem decidendi ratio omnem BOEHMERI diſtinctionem euertere, ſaltem eleuare videtur.

§. X.

Vtrum verba Iuliani hactenus recenſita ſint verba legis diſquiritur.

Quorſum autem haec omnia diſputamus? cur IVLIANI verba tam ſtudioſe, diligenterque interpretamur? cum praecipue de eo quaeritur: num verba IVLIANI legis habeant vim, atque efficacitatem? Vt ea de re prorſus perſuaſi certique ſimus, multum omnino intereſt, quoniam noſtra ſententia, eo maxime nititur fundamento, et praeterea, in corpore, vt dicitur, iuris, nonnulla inueniuntur,

Digitized by Google

quae non ſemper legis autoritate gaudent. Nos ſane non dubitamus, quin IVLIANI ſententia in fine paragraphi ſupra citati, ab VLPIANO in vim legis ſit adducta. Certum enim atque indubitatum eſt, effata ICtorum vt ſunt in digeſtis ſiue propria ſiue aliena, legum inſtar eſſe, ac valere dummodo ea, quae ab aliis repetita ſunt, ab adlegantibus etiam comprobata fuerint: Contra ea, vbi auctor legis ad manifeſtandum controuerſiae ſtatum alius cuiusdam ICti opinionem nonnunquam adducit, ab ea tamen ſe recedere, ait, ſuumque certis indiciis declarat diſſenſum, tunc rem aliter ſe habere, res ipſa per ſe loquitur. Quodſi autem verba, prout ab VLPIANO, dicto loco propoſita ſunt, paullo attentius conſideramus, illa IVLIANI ſententiam complecti, oppido animaduertimus. At enim, quam ob cauſſam, IVLIANI ſententiam refert VLPIANVS? conſentitne cum eo, an, opinione, ab eo diſcrepat? Vt conſentire VLPIANVM arbitremur cum IVLIANO, verborum ſerie commouemur, quam ſequentibus verbis explanare ſtudebimus. Primo VLPIANVS diſquirit, quid praeſtari debeat, ſi quis pollicetur, vel per ſe, venientesque a ſe perſonas, vel per omnes non fieri, quo minus habere liceat, et ait, ſi per ſe, non videri, id praeſtare, ne alius euincat: totam vero rem demum e mente IVLIANI plane decidit, ſtatuitque venditorem, etiam ſi aperte pronunciet, per ſe heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat nihilominus teneri, vt pretium reddat. Deinde cum IVLIANO docet, etſi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine praeſtitum iri, pretium tamen re euicta deberi, vtilitatem non deberi. Haec denique illuſtrat exemplo, vbi euictio eiusque praeſtatio prorſus ceſſat, neque quoad vtilitatem pactum remiſſorium quidquam efficit. Ita vero patet, qua ratione VLPIANVS nonniſi ad decidendam quaeſtionem propo-

propoſitam IVLIANI ſententia vſus fuerit. Sed audiamus nunc etiam BOEHMERVM c) ea de re diſputantem, cui alia omnia placere videntur. A IVLIANO enim diſſentire VLPIANVM celeberrimus ICtus putat, idque ex hiſce verbis: *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus contra erit dicendum*, probari poſſe ſtatuit. Propterea etiam dicendi formulam: *contra erit dicendum*, veteribus Iureconſultis admodum familiarem, vſitatamque fuiſſe, ait, cum diſſenſum illi, ſuum, ab aliis, declarare voluerint. Ita vero, haec talia, exempli loco, adfert: *licet Celſus contra ſcribat:* d) *contra ego ſentio:* e) *ego contra puto:* f) *Labeo contra quod et verum eſt.* g) *Ofilius Trebatius contra.* h) Et nos certe plura, a Iureconſultis, in eandem ſententiam, dicta colligere, ac proferre poteramus, ſi tali res, vt poeta ait, auxilio egeret. Praeterea BOEHMERVS verba, *in ſupra ſcriptis conuentionibus*, ad ea omnino refert: quae in eodem IVLIANI paragrapho, hoc modo, leguntur: *ſi aperte venditor pronunciet, per ſe heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat.* item, *ſi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine praeſtatum iri.* Ex his tandem colligit IVLIANVM, in decidendo, dubium quaſi haerere et ancipitem, VLPIANVM, autem ſtricte et ὁριςικῶς rem omnem definire, ita, vt ſicut ille pretium quidem, non vero vtilitatem, in adlatis exemplis praeſtari debere exiſtimet; ſic potius hic, ea in re contradicendum eſſe arbitretur. Nos, qui formulam: *contradicendum eſt*, loquen-

c) in adleg. diſſ. §. XV.
d) L. 21. §. 1. D. ad leg. Aquil.
e) L. 54. D. de condit. et demonſtrat.
f) L. 41. D. de vſurpat. L. 79. D. de contrah. emt. vendit.
g) L. 1. §. 2. D. de perſc. et commod. rei vendit.
h) L. 100. §. 1. D. de legatis III.

loquentis ſcribentisue diſſenſum prodere, vltro libenterque profitemur; omni tamen ſtudio, etiam eſſe diſquirendum, putamus, qua in re contradicere voluerit aliquis, ne illius diſſenſum, latius quam fas eſt, et diſſentientis fert animus, forte extendamus. Videbimus igitur, quid, hoc loco, ſtatuendum ſit? VLPIANVS ſane non tam a IVLIANO indiſtincte diſſentire, quam eiusdem deciſionem, magis ac magis explicare, atque intellectu faciliorem, dilucidioremque reddere videtur. Cum enim exemplum adferret, quo euictio nulla, ob contractus naturam debetur, verba addidit: *ſed in ſupra dictis conuentionibus, contra erit dicendum,* id eſt, in illis negotiis, vbi omnino euictio debetur, dici non poterit, eam non deberi, vtpote quae aut integra praeſtanda, aut ſi quid remiſſum fuerit, pretium tamen reddendum eſt. In eo quidem ill. BOEHMERO valde adſentimur, vbi verba: *ſed in ſupra dictis*, ad haec nempe: *ſi aperte venditor pronnnciet*, item: *ſi aperte in venditione comprehendatur,* facili ratione retulerit: ſed, cum IVLIANVM, in decidendo, dubium haerere atque ancipitem ſtatuit, non aegre, vt opinamur, vir iureconſultiſſimus feret, quod ſecus ſentiamus, eamque tueamur ſententiam, quam idoneis freti argumentis, iamiam defendimus.

§. XI.

Qua ratione ſententia noſtra, in bonae fidei contractibus locum obtineat monſtratur.

Cum alia negotia bonae fidei, alia ſtricti iuris ſint, quem vſum ſententia noſtra, in iisdem habeat, paullo diligentius exponendum eſt. Vt autem ea, quae adferemus penitus intelligantur, naturam et rationem eiusmodi negotiorum, ante omnia explicabimus. Vocant DD. bonae fidei negotia, plerumque non ratione contrahentium, ſed ratione

Digitized by Google

tione iudicantium illa, in quibus, ſi inde ageretur, iudex etiam vltra contrahentium conuenta, id, quod non quidem verbis expreſſum, attaman ex aequo et bono debetur, e poteſtate, quae illi conceditur liberior, ſupplere et adiudicare cuidam poteſt. [i]) Quam explicationem ſi actiones tantum modo ſpectauerimus, et modum conſiderauerimus procedendi, facile admittimus. [l]) Huc etiam ipſi nos referendas eſſe, cenſemus formulas, quibus Praetor iudicem dabat et quidem in bonae fidei negotiis: *Si paret, Titium Meuio ex locato debere, tum quantum Titium Meuio ob eam rem dare oportet, ex fide bona, tanti damnetur;* e contrario autem, in ſtricti iuris iudiciis, iudex dabatur cum formula: *Si paret, Titium centum ex ſtipulatu debere, tu illum in centum condemna.* [m]) Sed his omnibus licet admiſſis, res tamen ad liquidum, nondum perducta eſt. Etenim, ſi quis cognitum habet, quomodo iudex, actione inſtituta, ſecundum formulam praeſcriptam agere debeat, nondum tamen ſatis nouit, quid ſit illud, vnde actio oriatur, *et cognoſcere formulam*, recte inquit, NICOLAVS HIERONYM. GVNDLING *eſt cognoſcere actionem*, [n]) Grauiora ſane reſtant! Vt autem de vtriusque negotii, quod vel bonae fidei, vel ſtricti iuris eſt, natura conſtet, principiumque pateat, quo in aeſtimatione aequi et boni vtendum ſit, diſpiciendum inprimis eſt, quae cauſſa olim mouerit Praetorem, vt iudicem, vel ex aequitate vel ſecundum id, quod clare cernitur, iudicare iuberet: praeterea

 adcu-

i) adducunt. L. 2. §. 3. L. 5. pr. D. de oblig. et act. L. 99. D. de verb oblig. collat. L. 3. C. de reb. credit.

l) Ob §. 30. Inſt. de action.

m) Vid. B. HELNECCII Elem iur. L. IV. tit. 6. §. 1182. 1183.

n) in diſſ. de vſu practico actiòn. bonae fidei et ſtricti iuris Cap. I. §. 24.

Digitized by Google

adcurate expendendum animo erit, quid, cum formulae abrogatae ſunt, et praetor, more veterum, abeſt hoc tempore, magiſtratus hac ex parte facere debeat? Quae cum vix vſquam plane expoſita inueniamus, quid iuri, cum ciuili, tum naturali conuenire videatur, nunc ediſſerendum eſt. Eorum videlicet, quae in legibus, vel ſtricti iuris, vel bonae fidei dicuntur, negotiorum ratio ſic comparata eſt, vt ex aliis, quid et quantum debeatur, illico clarum ſit, ex aliis autem omne, quod in obligatione eſt, non ſtatim pateat. °) Illa cum certa praeſtatione definita, et quaſi fixa ſunt, non permittunt, vt reus, in plus aut minus condemnetur, ſiquidem id, quod praeter negotium eſt, ab eo prorſus alienum, longeque remotum cenſetur. Duplici autem e fonte, ſimplex iſta certitudo dimanat, vel promiſſione, quae verbis, aut litteris facta eſt, vel legis diſpoſitione. Promiſſio in ſtipulatione pariter, et in dato chirographo reperitur, vbi quidquid non eſt diſertis verbis expreſſum, in obligationem haud creditur deductum: quia nemo vt ſcribat, aut ſolemniter reſpondeat, vi adigitur, adeoque promittens, illa, quae ſibi vtilia ſunt, quaeuo non verbis expreſſit, ſtudio praetermiſiſſe, neque ad plura, quam quae expreſſit, ſe obligaſſe putatur. Ad legis diſpoſitionem, praeter alia, pertinet mutuum, quod certum fit, per numerationem, adpenſionem, aut menſurationem, vbi rei fungibilis vſus, mutuatario gratis conceditur. Hic tantum, quantum acceptum, neque minus, neque plus, quia nec dantis, nec accipientis liberalitas, praeſumitur, reſtituendum eſt. Vtrobique igitur in adlatis exemplis, ſiue promiſſionem in ſe, ſiue legem ſpectes, adeoque ſatis, ex ipſo negotio manifeſtum eſt, quid et quantum debea-

°) Quod facile colligitur ex §. 28. Inſt. de Action.

debeatur, ſimulque perſpicuum ſit, ab eo, qui obligatus eſt, ſalua obligatione contracta, plus exigi non poſſe. Illa vero negotia in quibus non ſtatim planum expoſitumque eſt, quid et quantum debeatur, laxiorem admittunt interpretationem, propterea quod vel ob mutuam praeſtationem vel ob negotiorum, quae obuenire ſolent varietatem, et circumſtantiarum diuerſitatem, omnia quae ſunt in obligatione, et e natura negotii deriuantur, non ita ſtricte poſſunt definiri, ſed incerta multa relinquuntur. Cuius generis negotia duplici nituntur fundamento, vel enim conuentione, quale exemplum eſt in emtione venditione; vel lege, vt in negotiorum geſtione, conſtituuntur, ita, vt aequalitas quaedam inter partes, proportio ſaltem geometrica obſeruetur. In his itaque illud ſpectatur, quod non quidem verbo expreſſum eſt, e negotii tamen fluit natura, atque ita ex bono et aequo debetur. Res omnis, vt paucis omnia complectamur, eo redit, vt qualitatem ſtricti iuris et bonae fidei, vel in obligatione ſimpliciter certa, vel in ea, quae non ſatis definita eſt, poſitum credamus: illa ſtricti iuris, haec bonae fidei actum efficit. Id CELSVS [p]) probauit, cum diceret: *quidquid adſtringendae obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt, ac fere ſecundum promiſſorem interpretamur.* En perfectam rei praeſtandae determinationem et ſtricti iuris contractum! Hoc CELSI effatum PAVLLVS [q]) his verbis confirmat: *tantundem in bonae fidei iudiciis, officium iudicis valet, quantum in ſtipulatione, eius rei facta interrogatio.* Iam ſicuti e natura negotii, quod ſtricti iuris eſt, quid ſtatui debeat, protinus elucet, ita bonae fidei negotium, obligationem

nem

p) in L. 99. pr. D. de verbor. obligat.

q) L. 7. D de negot. geſtis.

Digitized by Google

nem non ſatis expreſſam inuoluit, atque eam ob cauſſam, ex PAVLLI ſententia poſtulat, vt omnia, quae ex eiusmodi negotio fluunt, a iudice adcurate diiudicentur, et ad liquidum perducantur. His, vt par erat, praemiſſis, quid ſtricti iuris, quid bonae fidei negotium ſit, nullo negotio, intelligitur. Similiter quo principio in aeſtimatione, aequi et boni vtendum ſit, et quae cauſſa olim mouerit Praetorem, vt vel ſtricte, vel paullo latius agendi formulam praeſcriberet iudici, e ſupra dictis, perſpicuum eſſe arbitramur. Neque iis, quae diximus, ius naturae refragatur, quod vnicuique homini relinquit integrum atque liberum, vtrum certis, obligationem ſuam, terminis definire, an minus definitam atque indeterminatam habere velit. Ceterum aequitas ſecundum quam, in bonae fidei iudiciis, agendum eſt, non quandam rigidi iuris correctionem, ſed eorum, quae expreſſa non ſunt, in obligatione tamen velut occulta latent, hoc loco, deſignat. Remitti autem non poſſe, euictionis praeſtationem, in bonae fidei negotiis, a IVLIANO iam edocti ſumus, eo quod bonae fidei contractus, tali non permittat conuentione, vt aliquis pretium et rem ſimul amittat. Neque vero praetermittenda ſunt verba, quibus tanquam limitibus, Iuliani effatum circumſcriptum eſt: *modo euictionis praeſtatio in ſe non debeatur.* Accidere enim poteſt, vt illius termini, in bonae etiam fidei negotio, nulla ratione occurrant, cum negotiorum ſcilicet geſtor, noſtram vtilitatem promouit, ſed ſine factis impenſis, qua re, cum nihil a nobis conſequatur, neque pati e noſtra cauſſa euictionem, multo minus, eo nomine quidquam a nobis petere poterit. Vbicunque autem, nihil euictionis nomine, eſt praeſtandum, ibi, quid remitti debeat, ne cogitatione quidem adſequi poſſumus.

§. XII.

Digitized by Google

§. XII.

Quomodo ea locum habeat, in ſtricti iuris negotiis, docetur.

In ſtricti iuris negotiis, qua ratione praeſtari, aeque ac remitti poſſit euictio, inter DD. non conuenit. Plurimi hoc argumentum, vel plane praeterierunt ſilentio, vel peruulgatum illud, quod hodie diſcrimen, inter bonae fidei iuriſque ſtricti negotia ſublatum ſit, quamquam minus recte in ſubſidium vocauerunt, vel paucis tantummodo verbis et perobſcure tradiderunt, quidquid ea de re commentati ſunt. Quodſi autem certis atque indubitatis nitamur principiis, quid ſtatuendum ſit, facili adparebit negotio. Si enim id modo tenuerimus animo, an in ſtricti iuris negotiis euictio ſit praeſtanda? an remitti deinde queat? reliqua omnia in luce, vt aiunt poſita, conſpicientur. Euictionem vero eſſe praeſtandam, rationibus et argumentis, e iure ciuili et naturali petitis, et quidem exquiſitiſſimis confirmari poterit. Nam ſi quis ſtricto iure, hoc eſt certa ratione, debitum adcurate et definite conſtituerit, ſiue e promiſſione, ſiue ex re obligatus eſt, ille ſine dubio, id quod eſt in obligatione, ita in alterum vult tranferri, vt iſte in iure quaeſito exercendo, omni ex parte ſecurus eſſe poſſit; quoniam alias conſequeretur, vt aliquis obſtrictus et ſimul non obſtrictus foret. Si vero is, cui alter eſt obligatus, id quod accepit aut accepturus eſt, retineret, accipiens in iure ſuo exercendo ſecurus non eſſet, ſed contrarium profecto, cuius iam fecimus mentionem, exoriretur, nec vllum obligatio haberet exitum. Vt igitur accipiens iure ſuo tranquille vtatur, neque manifeſta admittatur contradictio, aut effectus et exitus obligationis tollatur, neceſſe eſt, vt re accepta, et per euictionem legitime ablata, ille qui dat, de euictione accipienti ſit obſtrictus. Fingamus Titium

 Sempro-

Digitized by Google

Sempronio centum nummos vnciales, ſtipulatione promiſiſſe eosque tradidiſſe, ſtipulatori vero ipſos hos nummos, a Caio vindicante euictos fuiſſe: anne credis Titium hac ratione obligationi ſuae ſatisfeciſſe? nequaquam; dedit enim aliquid, quod facere non poterat accipientis. Quodſi itaque Titius Sempronio quanti nimirum illius intereſt, ſeu euictionem non praeſtaret, fieret certe, vt omnis ſtipulationis contractus ſolemniter factus, tamen inutilis redderetur. Ita e natura ſtricti iuris negotiorum probaſſe nos ſatis arbitramur, in his non minus, quam in iis, quae bonae fidei vocantur, euictionem praeſtandam eſſe, ſi ipſum negotium valere, nec prorſus reſcindere, et irritum reddere velimus. Cum autem ſi accipientem ſpectamus, eiusmodi negotia vel oneroſa ſunt, in quibus tantum quantum acceptum eſt, reſtitui debet, vel lucratiua, vbi nihil rependendum eſt; certe haud incongruum erit, quaenam inter vtrumque negotium intercedat diuerſitas oſtendere. In oneroſis negotiis, res per ſe clara et manifeſta eſt, ſiquidem aequitas eo magis poſtulat, vt in iis euictio praeſtetur, quo minus aliquis cum damno alterius locupletior fieri debet, quod tamen re ipſa eueniret, ſi debitor creditori deberet reſtituere, quod neque habere, neque retinere poterat. In lucratiuis autem negotiis, vbi nihil eſt reſtituendum, cum ille, qui dedit, rem non eſſe ſuam, probe ſciuit, et ſic alterum decepit, euictio pariter debetur. Inde eſt, quod aiunt, adiuuari nos, non decipi beneficio oportet. [r]) Simili ratione de dolo etiam donator tenetur. [s]) Cum vero ille qui dedit, in bona eſt fide, et rem ſuam non eſſe ignorans, donauit, tum ſane conferre

r) L. 17. §. 3. D. commodat. vel contra.

s) L. 18. §. 3. D. de donat. add. l. 62. in fin. D. de aedilit. edict.

ferre alteri videtur, quantum potuit: nihil autem aliud potuit conferre, niſi quod habuit, quoniam res aliena, vt inter omnes conſtat, neque transferri vere in alterum, neque eo nomine euictio exigi poteſt. Rationem illius rei his verbis reddit MODESTINVS [t]) cum *etenim*, inquit, *quid ſe reſtituturum donator repromittit, quando nullum pretium interueniat?* Sic enim accipiens nihil amittit. Id ipſum indicare videtur prouerbium, in vernacula noſtra ſatis cognitum: *Einem geſchenkten Gaul, ſiehet man nicht ins maul:* quod tamen e conſtitutione SEVERI et ANTONINI [u]) Imperatorum, his quaſi limitibus circumſcribendum erit, quod tum demum de euictione competat actio, cum propterea donator legitime cauit. His expoſitis nihil ſupereſt, quam vt rite probemus, neque in ſtricti iuris negotiis, euictionis praeſtandae remiſſionem admittendam eſſe. Hactenus ſane vidimus, quod demta euictionis praeſtatione, in onerofis negotiis, obligatio principalis ſalua haudquaquam maneat: in lucratiuis vero dolus quodammodo admittatur. Vt igitur negotium, quod hoc modo contractum fuit, ex ſententia contrahentium valeat, neque tamen nos dolo fauere et patrocinari videamur, neceſſe omnino habemus fateri, neque vllius momenti eſſe, neque valere pactum eiusmodi remiſſorium. Quandoquidem autem in huiusmodi negotiis locum non habet euictio, per ſe omnino patet, de illius remiſſione, quemadmodum ſemel iterumque et ſaepe monuimus, multum quaerere perinde fore, ac ſi quis omni ſtudio exquireret, quid Sirenes cantauerint?

t) in adl. L. 62. D. de aedilit. edict.
u) L. 2. C. de euict.

§. XIII.

Ille qui dat, aut illius heredes ipſi euincentes nihil praeſidii in hoc pacto remiſſorio quaerere poſſunt.

Argumenta hactenus a nobis adducta, pactum de non praeſtanda euictione generatim deſtruunt, illudque inutile eſſe demonſtrant, a quocunque res de qua quaeritur legitime euincatur. Propterea cum a generalioribus, ad ſpecialia recte concludatur, ſequitur profecto, vt ille qui dat, aut eius heredes, cum ii rem datam euincere ſtudent, in pacto illo nihil praeſidii habere poſſint. Sed non exemplis, quibus haec generatim dicta illuſtremus, opus eſt, cum leges adſunt, quae rem omnem extra dubitationem ponunt, et plane conficiunt. Quodſi enim is, qui tranſtulit, rem in alterum traditam repetere cupiat, *eum improbe rem a ſe diſtractam euincere conari*, VLPIANVS [v]) docet; *ſi vero eius heredes idem facere ſuſtineant exceptionem rei venditae et traditae venditoris etiam ſucceſſoribus nocere, ſiue in vniuerſum ius, ſiue in eam duntaxat rem ſucceſſerint*, HERMOGENIANVS teſtatur.[x]) Exemplo itaque quo etiam POMPONIVS [z]) vſus eſt, fingimus, Caium a Titio emiſſe fundum, qui Sempronii fuit, eumque traditum accepiſſe, pretio autem ſoluto, Titium Sempronii heredem fuiſſe factum, qui nunc fundum, cuius dominium, iam alio iure quaeſiuit, vel ipſe vindicare conatur, vel ſuis heredibus vindicandum relinquit. Quaeri merito poterit: num illi actores fundum iure euincant? et VLPIANVS [a]) quidem reſpon-

v) L. 17. D. de euiction.
x) L. 3. §. 1. D. de except. rei vendit. et tradit.
z) L. 2. D. eod.
a) in adleg. L. 17. D. de euict.

reſpondet: *eos exceptione doli ſummoueri.* Quis ergo non videt, illum qui dat, aut eius heredes, rem ab illo in alium translatam, nullo modo repetere, aut vindicare poſſe, quamuis plus iuris, quam ante habuerat, poſtea conſecutus ſit. Fac igitur eum qui tranſtulit, pacto, quo non praeſtet euictionem, ſibi initio proſpexiſſe, quam quaeſumus, efficacitatem illud pactum habebit? vt noſtra fert opinio, nullam. Quamuis enim illud pactum valere, aliquantisper concederemus, ratio tamen naturalis poſtularet, vt vim ſuam id tum demum conſequeretur, cum res eſſet euicta. Id vero etiam eſt, quod in adducto exemplo praeſtrui debebat. Sed cum iam confirmauimus, neminem eorum, quos diximus, rem ſemel diſtractam, repetere ac vindicare poſſe, quia factum proprium ſemper eſt praeſtandum, et obligatio defuncti tranſit ad heredes, fieri etiam non poteſt, vt pactum illud remiſſorium, etſi forte in concedendo, iuſto ſimus faciliores, in eodem exemplo producat effectum. Quis igitur inueniatur, qui vtilitatem illius facile defendat? Poterit quidem ex parte heredum, nonnihil dubitationis oriri, quod eo caſu, quo non ex iure defuncti, ſed iure quodam ſingulari iisque proprio, nempe ex iure conſanguinitatis rem repetant, ſibique vindicent, in pacto noſtro effectum remiſſionis ponant, inprimis cum emtor, vt IACOB. FRIDERICVS LVDOVICI docet, [b]) id potuerit atque debuerit praeuidere. Verum enim vero auctor tali caſu, aut non praeſtat, aut praeſtat euictionem. Cum eam plane non praeſtat, pactum remiſſorium per ſe inefficax eſt, et ſic etiam ſe res habet cum heredibus, qui, cum ab iis nihil exigitur, ipſo iure tuti ſunt, neque pacto liberationis indigent. Vbi vero euictio praeſtanda

F 3 eſt,

b) in Doctr. Pand. L. XXI. tit. 2. §. 7.

eſt, ibi heredes rem retrahentes, aut adeunt hereditatem, aut eamdem omittunt. Si prius acciderit, ob ipſam heredis qualitatem, de euictionis praeſtatione iam tenentur, quae ſicut nulla ratione remitti poterat, ita ne nunc quidem reſpectu eorum remiſſa debet cenſeri. Sin autem poſterius vſu venerit, adductum valere negamus caſum, quia de heredibus tantum loquimur, quod nomen ſibi tribuere nequeunt, qui omni hereditatis iure ſe addicarunt.

§. XIV.

Contraria L. LXVIII. pr. D. de euiction. explicatur.

Progredimur ad leges, quae noſtrae ſententiae aduerſari videntur. In illis PAPINIANI [c]) effatum primo loco occurrit. Ille enim ait: *cum ea conditione pignus diſtrahitur, ne quid euictione ſecuta, creditor praeſtet, quamuis pretium emtor non ſoluerit, ſed venditori cauerit; euictione ſecuta, nullam emtor exceptionem habebit, quo minus pretium ſoluat.* Venditur, vt lex tradit, pignus, et contractui adiicitur conditio, ne quid euictione ſecuta, praeſtetur, poſt, euicto pignore, emtor ne pretium ſolutum quidem a venditore repetere, aut ſoluendum adhuc retinere poteſt. Habemus hic exemplum pacti, de quo diſputamus, expoſitum, quod tamen ſecus, quam a nobis fieri ſolet, deciſum videri queat. Nec ſane deſunt huiusmodi explicationis fautores, qui in ea, vel prorſus adquieſcunt, vel dicta ſaltem lege dubii facti, rem in medio relinquunt. Nos vero demonſtrabimus, ſententiam PAPINIANI longe eſſe aliam, quam quae ad pactum noſtrum remiſſorium adcommodari poſſit. Ratio enim quam ob rem

c) L. 68. pr. D. de euiction.

rem emtori in exemplo propoſito, euictionis praeſtatio denegatur, neutiquam in conuentione, qua venditor hoc onus remittendum ſibi curauit, ſed in alio, eoque prorſus diuerſo principio quaerenda eſt. Idoneum illius ſententiae interpretem habemus VLPIANVM [d]) qui docet: *ſi quis iure creditoris vendiderit pignora, deinde haec fuerint euicta, non teneri, nec ad pretium reſtituendum ex emto actione creditorem, idque multis conſtitutionibus effectum eſſe.* Habes hic fundamentum, quo nititur PAPINIANVS, quoue creditor pignora vendens, a damno, quod emtori ob euictionem ſecutam reſarciendum erat, quandam conſequitur immunitatem. [e]) Aut igitur verba legis: *ea conditione pignus diſtrahitur ne quid euictione ſecuta, creditor praeſtet*, innuunt, quod pignus iure creditoris venditum, et res aliena, non dolo quodam, ſed palam, et emtore haud ignaro, diſtracta ſit; quo admiſſo, quidquid dubitationis contra noſtram ſententiam exoriri poterat, ſimul refellitur, quia diuerſitas noſtri, quo vſi fuimus, caſus, et illius, qui habetur in lege, ſtatim in aprico poſita eſt: aut eadem legis verba, id quod nonniſi maxime inuiti largimur, formam pacti adiecti complectuntur, propterea tale tamen pactum ſuperuacaneum erit, quia remittitur aliquid, quod non debetur. Qualemcunque igitur legis ſenſum probabilem tibi finxeris, nullam profecto cum pacto de non praeſtanda euictione, comparationem conſtitui poſſe, intelligis. Sicuti autem in caſibus, qui, nonnullis rerum momentis inter ſe diſcrepant, idem fieri nequit iudicium; ita quod valet in alio, aliis eiusdem generis obſtare nequit.

§. XV.

d) L. 11. §. 16. D. de act. emt. vend.
e) Vid. L. 10. L. 12. §. 1. D. de diſtract. pignor.

§. XV.

Dubium e L. LXIX. pr. D. de euiction. remouetur.

Sequitur ſententia SCAEVOLAE [f]) quae a plerisque noſtrae, quam defendimus opinioni, opponi ſolet. Ille vero, *qui libertatis*, inquit, *cauſſam excepit in venditione, ſiue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, ſiue conditione, quae teſtamento propoſita fuerit, impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.* Qua ex lege, cum ob exceptam libertatis cauſſam, venditor euictionis nomine non teneatur, pactum de non praeſtanda euictione, illi legi ineſſe, et propterea eius valorem, et vtilitatem inde legum interpretes probare adgrediuntur. Sed vel de ſeruis pileatis vendendis lex forte accipienda erit, vel, quod magis placet, aliam interpretationem ſine artis ſtudio, paullo longius arceſſito inuentam, a communi tamen opinione diuerſam illa admittet. Qua ratione ad ſeruos pileatos lex ſpectare poſſit, docet GELLIVS [g]) cuius haec verba ſunt. *Pileatos ſeruos venum ſolitos ire, quorum nomine venditor nihil praeſtaret*, CAELIVS SABINVS *iuris peritus, ſcriptum reliquit. Cuius rei cauſſam eſſe ait, quod huiusmodi conditionis mancipia inſignia eſſe in vendundo deberent, vt emtores errare, et capi non poſſent; neque lex vendundi operienda eſſet, ſed oculis iam perciperent, quodnam eſſet mancipiorum genus.* Quodſi ita eſt, et SCAEVOLA ad ſeruum pileatum, lege ſua reſpicit, nemo certe mirabitur, cur, a venditore cauſſa libertatis excepta, ab euictionis praeſtatione venditor immunis ſit; poterant enim teſte SABINO, ſerui quidam ſic vendi, vt pileus impoſitus iudicio eſſet, eos venum dari, quorum nomi-

f) L. 69. pr. D. de euict.
g) Noct. Attic. L. VII. c. 4.

Digitized by Google

nomine emtori venditor nihil praeſtaret. Quoquo modo ſe res habeat, pactum tamen de non praeſtanda euictione, verbis adductis, neutiquam defenditur, quoniam in venditione ſerui pileati, pactum remiſſae euictionis praeſtandae, nullum ſuberat, neque adeo inde ad quaelibet alia quae forte occurrunt exempla, et vbi euictio praeſtanda eſt, argumentum rite duci poſſe videtur. Quid? quod nondum ſatis conſtat, an SCAEVOLA, cum talia pronunciaret, ſeruum pileatum habuerit in animo: eiusmodi profecto ſeruum haud nominat, ſed tantummodo libertatis cauſſae exceptionis mentionem facit, qua opus non fuerat, ſi ſeruum libertatis ſigno conſpicuum, ne praeſtaretur euiuictio, intellexiſſet. Subiiciemus itaque aliam legis adlatae qualemcunque, ab ingenio noſtro profectam interpretationem. Eſto, quod venditor in venditione ſerui, cauſſam libertatis exceperit, eoque ſe liberauerit ab euictionis praeſtatione; haec tamen liberatio non oritur e pacto, verum ex eo, quod venditor ſeruum vendidit, quem non omni ex parte proprium, ſed liberum fore crediderat. Id plenius indicant verba: *ſiue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, ſiue conditione, quae teſtamento propoſita fuerit, impleta, ad libertatem peruenerit.* Ex his eum vendidiſſe intelligimus, quantum habuit; quis enim plura eum vendere voluiſſe e verbis, quae adtulimus, coniicere voluerit? Quidquid igitur vere venditum eſt, illud etiam a venditore debet praeſtari, quemadmodum nec aliud quidpiam hac lege ſtatutum eſt: quidquid vero venditum non eſt, *vt hic ſeruus, ne fiat liber*, illud nec in ſe, nec euictionis praeſtationem eo nomine emtor exigere poteſt, quae ipſa legis noſtrae manifeſta eſt ſententia. Quod autem in ſe non debetur, de illius euictione non praeſtanda partes contrahentes, fruſtra paciſcuntur. Quamobrem nihil proficiunt,

qui tamen eiusmodi exemplum in lege iam adducta ſe inuenire putant, ideoque, ad corroborandam ſuam ſententiam, prouocare ad eamdem ſolent. Id animo quidem ſicut nobis videtur dubio, probe tamen perſpexit GEORGIVS FRANZKIVS h) cum verba legis: *non tenebitur euictionis nomine,* vel pretii repetitionem non excludere, vel venditorem ideo non teneri coniicit, quoniam aperte ſimpliciterque praedictum fuerat, illi ſeruo certa quadam conditione, datam in teſtamento fuiſſe libertatem. Quae coniectura quam poſtremo loco adtulit, a vero non prorſus abhorret, eodemque nititur principio, quo nos vſi ſumus, videlicet venditorem, plus, quam ipſe habuit, nec vendidiſſe, nec vendere vnquam voluiſſe ac propterea cauſſam libertatis excepiſſe; etiamſi in lege diſertis verbis illud haud reperiatur, quod FRANZKIO viſum: venditorem praedixiſſe, ſeruo qui vendi debuerat, in teſtamento datam fuiſſe libertatem. Pro qua autem ſententia BOEHMERVS i) quem honoris cauſſa ſaepe nominauimus, pugnandum exiſtimauit, quod ſcilicet tota lex de generali indefinitoque pacto, ne libertatis nomine euictio praeſtetur, accipienda ſit, eam propterea non facimus noſtram, quod neque ipſis verbis, neque re ipſa adduci poſſumus, vt SCAEVOLAM ita ſenſiſſe credamus. Cumque aliud eſt, rem alienare vt propriam, ſimulque ſe nolle teneri de euictione, verbis prodere: aliud e contrario, rem tanquam non omni modo ſuam alienare, atque hoc euentu, quem SCAEVOLA quaſi ante oculos poſitum habuit, in eo, quod venditum non eſt, euictionis praeſtatio, per

h) in Comment. ad tit. D. de euiction. n. 262. et ad tit. de act. emt vendit. n. 298.

i) in cit. diſſ. §. XXIII.

Digitized by Google

per ſe ceſſat; non vidimus, quale pactum de eo, quod exigi nequit, non praeſtando comminiſci velimus.

§. XVI.

L. XXVII. C. de euict. cum noſtra ſententia conciliatur.

Progredimur ad conſtitutionem DIOCLETIANI et MAXIMIANI Impp.[1]) qua ſancitur: *ſi fundum ſciens alienum vel obligatum comparauit Athenocles, neque quidquam de euictione conuenit; quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem. Nam ſi ignorans, deſiderio tuo iuris forma negantis, hoc reddi refragatur.* Hanc legem nonnulli, quos poſtea nominabimus ſententiae noſtrae valde contrariam eſſe dictitant; ſed veremur ne leuius hebetiusque illud ſit telum, quam primo quidem adſpectu videri queat. Initio quidem ex adductae legis verbis, nihil omnino elici poterit, quod pacti cuiusdam de non praeſtanda euictione ſpeciem prae ſe ferat. Deinde ea, quae ad intelligendam SCAEVOLAE opinionem, paullo vberius dicta ſunt, huic etiam Impp. conſtitutioni explicandae ſufficere poſſe, nemo non videbit. Ex ſuperfluo, et quaſi per lancem ſaturam, dictis quasdam rationes addemus, quibus et ſententia noſtra magis et magis corroboratur, et conſtitutioni ipſi aliquid lucis adfertur. Cum ſcilicet res aliena emitur a ſciente, vt habetur in lege, emtor neutiquam decipitur, ſed ſcit, ſcire ſaltem debet, aut reſoluto, aut nullo iure dantis, ius quoque accipientis penitus reſolui, aut plane nullum eſſe. Declarat igitur emtor nihilo ſecius contrahens, quod plus emere nolit, quam quod venditor re ipſa tradere poſſit. Cum vero res aliena ita minime tradi queat, vt alter eam iure et ſine exceptione retineat, emtor etiam hac ratione,

 ius

1) L. 27. C. de euict.

ius quoddam perfectius adquirere noluit. Quodſi itaque rem ita traditam eſſe, finxerimus, emtor ſane omne, quod ipſi debebatur, accepit, et cum ipſe rem emtam retinere noluerit, ea euicta, non habebit cur de iniuria ſibi facta conqueratur, quoniam nihil re ipſa amiſit. Quamobrem Impp. non ſine cauſſa ſtatuerunt, emtorem in eiusmodi caſu euictionis praeſtationem, *contra iuris poſcere rationem, niſi quidquam de euictione conuenit.* Quid? quod ipſa, cuius mentionem faciunt, conuentio oſtendit, pactum remiſſorium ſubintelligi non poſſe, cum alias Impp. in verbis, *niſi quidquam de euictione conuenit* limites vix poſuiſſent, quoniam et ſine ſtipulatione, praeſtationem euictionis deberi, iuris ratio poſtulat; et vbi pacto demum ad praeſtandam eam opus eſt, ibi eadem per ſe non poteſt deberi. Alio loco haec ab iisdem Augg. [m]) dicta legimus, quibus ſententiam ſuam mirifice declarant: *ſi fundi ſcientes obligationem, dominium ſuſcepiſtis, tantum euictionis promiſſionem ſolemnitate verborum vel pacto promiſſam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis.* Quorſum accedit, quod admodum veriſimile eſt, emtorem, qui rem iure perfecto ſe non accepturum, nouerit, eo cogitationes ſuas intendere, vt pretium illius iuſtum verumque declinet, et quoniam nemo facultates ſuas temere profundere creditur, viliore prout circumſtantiarum tulerit ratio, rem eam ſibi parare ſtudeat. Quibus, in omnem partem conſideratis, euictionem in exemplo, quod in lege proponitur, nunquam deberi, extra dubitationem eſt poſitum. Quid igitur pacto poſſit remitti? id nos ignorare fatemur. Sed noſtram interpretationem forte non admittit

m) L. 7. C. commun. vtriusq. iudicii.

mittit Imp. IVSTINIANI [n]) placitum: *emtor ſciens rei grauamen, aduerſus venditorem actionem habeat, tantum ad reſtitutionem pretii, neque duplae ſtipulatione, neque melioratione locum habente, cum ſufficiat ei ſaltem pro pretio, quod ſciens dedit pro aliena re, ſibi ſatisfieri:* Quibus verbis, ad prius SCAEVOLAE effatum, inſtituta diſputatio, ſi non penitus diſcuſſa, at certo intra limites conſtituta videtur. Permittit Imperator emtori, etiam rei grauamen ſcienti, actionem aduerſus venditorem, ad pretii ſaltem reſtitutionem; vtrum propter cauſſam euictionis: an propterea quod irritum factum ſit totum negotium? id vero omni cura indagandum erit. Nos illam actionem ex eo, quod totum negotium per ſe et iure nullum eſt, aut irritum fieri declaratur, proficiſci arbitramur. Verba enim legis adducta iis, quae in eadem lege antecedunt, ita adcurate reſpondent, vt ſeiungi ac diuelli ab iisdem haud facile poſſint. In iisdem autem Imperator [o]) ſanxit: *nemo heres ea, quae per legatum, vel pure, vel ſub certo die relicta ſunt, vel quae reſtitui aliis diſpoſita ſunt, vel ſubſtitutioni ſuppoſita, ſecundum veterem diſpoſitionem putet impoſterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecae titulo adſignanda, vel mancipia manumittenda: ſed ſciat, hoc quod alienum eſt, non ei licere, vtpote ſui patrimonii exiſtens, alieno iuri adplicare.* Pergit: [p]) *Sin autem ſub conditione, vel ſub incerto die fuerit relictum legatum, vel fideicommiſſum vniuerſitatis, vel ſpeciale, vel ſubſtitione, vel reſtitutione: melius quidem faciet, ſi et in his caſibus caueat ab omni venditione, vel hypotheca, ne ſe grauioribus oneri-*

n) L. 3. §. 4. C. commun. de legat.
o) adleg. L. 3. §. 2. C. eod.
p) adl. L. 3. § 3.

oneribus, euictionis nomine ſupponat. Si autem auaritiae cupidine, propter ſpem conditionis minime implendae, ad venditionem vel hypothecam proſiluerit: Sciat, quod conditione impleta, ab initio cauſſa in irritum deuocetur. His denique addit rationem [q]) *vt vltima elogia defunctorum legitimum finem ſortiantur.* Agit itaque Imperator in hac lege de vltimis voluntatibus: ac illae vt conſeruentur, rerum relictarum alienationem, vel nullam eſſe, vel irritam fieri conſtituit. Hic duo obſeruari animaduertique poterunt; alterum eſt: quod in rebus vltima voluntate non relictis, haec conſtitutio, minime habeat locum; alterum: quod neceſſe ſit, vt emtori, vbi alienatio, vel initio nulla, vel poſt reſciſſa fuit, id quod dederat, reddatur. Ita vero ipſe Imperator emtori fauet, eo tamen diſcrimine obſeruato, vt emtori, qui rei qualitatem, cognitam habuit, tantum ad pretii reſtitutionem, relicta ſit actio. Quemadmodum vero euictionis praeſtatio exigi non poteſt, niſi ſaluo, vnde illa proficiſcitur, negotio; dantur enim ad eam obtinendam actiones e contractu; [r]) ita euictionis praeſtandae neceſſitas adeſſe nequit, vbi negotium quoddam, vel ipſo iure nullum, vel tamen irritum factum eſt. Illius rei luculentum, conſtitutio IVSTINIANI continet exemplum. Etenim videmus, quod IVSTINIANVS emtori ſcienti, in hac lege actionem ad pretium obtinendum neutiquam concedat ob cauſam euictionis, ſed ob negotii, vti in foro dicimus nullitatem. Quo circa iſthanc legem ei, quam paullo ante adduximus, quaeue contractum firmum ſtabilemque complectitur, et euictionis tantum deſtituitur

q) L. adleg. 3. §. 4.
r) L. 56. pr. L. 60. L. 70. D. de euict.

Digitized by Google

ſtituitur terminis, nec illuſtrationem ſuppeditare nec interpretationi noſtrae vnquam aduerſari intelligimus. Nos itaque illius, quam ſupra dedimus, explicationis, nondum poenitet, immo vero in ſuſcepta perſtamus ſententia, et pactum de non praeſtanda euictione, per eam legem probari poſſe, conſtanter negamus. Eandemque ob cauſſam, neque celeberrimo BOEHMERO [s]) qui tacitum pactum remiſſorium in dicta lege inueniri, ait, neque conſultiſſimo ALEF [t]) qui cauſſam, cur emtor ſciens euictionem petere non poſſit, in eo ponit, quod ita dolum punire conueniat, adſentire poſſumus, quoniam opinionis, quam animo concepit vterque vir doctiſſimus, nullum in ea lege indicium reperitur.

§. XVII.

Nonnullis argumentis, quae Boehmerus contra noſtram profert ſententiam, reſpondetur.

Superſunt argumenta, quibus ill. BOEHMERVS ad pactum eiusmodi ſtabiliendum, in diſſertatione, cuius mentionem iam fecimus, vſus eſt. Primo: [u]) pacta eſſe ſeruanda, docet. Secundo: [v]) naturalia, quibus euictionis praeſtationem accenſet, mutari, et in totum per pactum remitti poſſe, exiſtimat. Tertio: [x]) in caſu conuentionis, ne praeſtetur euictio, ſpei emtionem ſemper adeſſe, perhibet. Ad ſingula reſpondebimus. Primo quidem largimur, cum naturale, tum ciuile ius praecipere, vt pacta ſeruentur

s) in diſſ. cit. §. XXII.
t) in diſſ. cit. §. XXVII.
u) in adleg. diſſ. §. XVI.
v) loco iam cit.
x) diſſ. cit. §. XX.

uentur: quid? quod etiam a Praetore pronunciatum fuiſſe nouimus, quod graue ſit fidem fallere. At enim non tantum quaeritur, an valeant pacta, ſed vbi et quomodo valeant illa, ſedulo et diligenter diſpiciendum erit. Iam ſupra commonſtrauimus,[z]) pactum adiectum contractui, cuius ſubſtantiam illud euertit, omni valore deſtitui; quare pacta quidem valere profitemur, ſed vbi contractibus, contra ipſorum ſubſtantiam adiecta ſunt ea, non valere ſtatuimus. Secundum argumentum, quod euictionis praeſtatio, vt naturale contractus, mutari poſſit, nititur regula VLPIANI:[a]) *quodſi nihil conuenit, tunc ea praeſtabuntur, quae naturaliter inſunt, huius iudicii poteſtate.* Sed vnde patet, VLPIANVM praeſtationem euictionis, naturalibus illis accenſuiſſe, quae mutationi ſunt obnoxia? vnde conuincimur, naturalia omnia mutari, et in totum remitti poſſe? Neutrum generatim atque vniuerſe dici poſſe, iam ſupra ſatis, vt opinamur, ſuperque a nobis[b]) demonſtratum fuit. Cum enim certum exploratumque habeamus, naturalia externa probe ſeparari debere, ab iis, quae interna vocantur, et illa quidem, non vero haec, pro arbitrio contrahentium, mutari poſſe: praeterea euictionis praeſtationem ſemper ad naturalia interna pertinere; conſequitur omnino, vt ea, quae ſententiae noſtrae contraria, hoc loco protulit BOEHMERVS, neque omnimodo, neque quoad euictionem valeant. Tertio argumento, ii qui contraſentiunt, ſemper in pacto, ne praeſtetur euictio, id actum credi aiunt, quo non res, ſed ſpes emta vendita intelligitur. At enim, quam diu aliud eſſe cenſetur, iactum emere

retis,

z) in hac diſſ. noſtra §. VI.
a) L. 11. §. 1. D. de act. emt. vend.
b) in diſſ. noſtra §. II. et V.

Digitized by Google

retis, aliud piſces iam captos emere, et quamdiu inter vtrumque negotium id intereſt diſcriminis, vt is, qui iactum retis emit, nonniſi actum quendam illiusque euentum valde adhuc dubium: piſcium vero emtor, rem proprie talem ſatisque definitam habere velit; tamdiu profecto a nobis impetrare non poterimus, vt in poſteriore caſu aeque, et in priore, ſpem emtam fuiſſe, cenſeamus. Ille enim qui ſpem emit, quid accepturus ſit, plane ignorat, adeoque id futurum tantummodo ſperat: qui autem rem, quam parare ſibi conſtituit, certam et definitam habet, neque dubium rei euentum, qualis in captura piſcium eſt, expectat, is ſpem emiſſe neutiquam exiſtimandus eſt. Exempli cauſſa fingamus, Titium Caio vendidiſſe centum pondo piſcum iam captorum, quis contractu iſto ſpem venditam fuiſſe dixerit? quia id, quod re ipſa adeſt, et voluntate contrahentium iam definitum fuit, ſpei locum amplius non relinquit. Fingamus porro autem, pactum de non praeſtanda euictione fuiſſe adiectum contractui: crediderisne illius naturam eiusmodi pacto fuiſſe immutatam, et emta re certiſſima, ſpem tantum fuiſſe emtam? Neminem ſane tam credulum fore arbitramur, vt id adfirmare ſuſtineat, quia duo contraria nemo ſimul velle praeſumitur. Certe eiusmodi pactum, prout adiectum eſt, tanquam emtae ſpei cauſſam, valere negamus. Aut enim contractus eſt mutatus, quod nullo tamen modo concedimus: aut qualem eſſe voluerunt contrahentes, perſtitit, neque emtae ſpei effectus illi aceſſit. Illud, ſi forte acciderit, emtio ſpei reuera ſubeſt, vbi pactum propterea nihil operatur, quia ſpes, quam quilibet ipſe ſibi concipit et expectat, a nemine debet praeſtari: hoc ſi euenerit, ſpes emta non eſt, ſed res

quaedam certa et in contractum deducta; quare pactum de non praeſtanda euictione, veluti ob ſpem emtam valere nequit.

§. XVIII.

Georg. Ludouic. Boehmeri argumenta, ſententiae noſtrae contraria recenſentur; Ad primum reſpondetur.

Cum tandem GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMERVS, Iuſti Henningii filius, profeſſor iuris apud Gottingenſes celeberrimus, vt patris principia defenderet, ſingulari commentatione, quae hoc titulo inſcribitur: *Repetitae vindiciae, pacti de non praeſtanda euictione, oppoſitae erroribus inueteratis.* [c]) contra FRANCISCVM ALEF diſputaret, ac ſimul noua quaedam adiiceret argumenta, quae nobis aduerſari videntur, operae pretium nos facturos exiſtimauimus, ſi noſtram de illis expoſuerimus ſententiam. Primum argumentum ex effato VLPIANI [d]) et IVLIANI, lege huius materiae principe, deductum eſt. Ita vero BOEHMERVS [e]) rem interpretatur, vt VLPIANVM, vbi euictionis praeſtandae remiſſio interceſſit, tum ex emto, tum e ſtipulatu, actionem ad pretium repetendum, denegare, eumdemque rationem dubitandi a IVLIANO quidem ſumſiſſe, illius tamen orationem, ſibi contrariam, nullo modo comprobaſſe exiſtimet, quia ſi eam fuiſſet amplexus, vno eodemque tempore, duas ſententias, quarum altera contradiceret alteri, adprobaſſet. Nos minime videmus, quibus verbis, in caſu euictionis, quae prae-

c) Hal. 1737.
d) L. 11. §. vlt. D. de act. emt. vend.
e) laud. comment. §. VI.

Digitized by Google

praeſtari debuerat, remiſſae, VLPIANVS omnem actionem denegauerit. Iis enim verbis, quae ab initio paragraphi leguntur, et ad rem noſtram pertinent, VLPIANVS non de pacto remiſſorio, ſed de euictionis praeſtatione promiſſa ſermocinatur, cum dicit: *qui habere licere vendidit, videamus quid debeat praeſtare?* Promittere autem et remittere, inter ſe maxime differre, quis eſt qui neſciat? Etiamſi autem, vt faciles ſimus ad concedendum, duas, quae ſibi inuicem repugnent, propoſitiones, in ea lege adeſſe ſtatuamus, neminem tamen fore arbitramur, qui VLPIANVM dubitandi modo rationem a IVLIANO accepiſſe, eamque ſua demum deciſione reprobaſſe et ſic propriam ſententiam, veluti e duabus iis deciſiuam elicuiſſe, pro certo adfirmare ſuſtineat. Alia profecto omnia, e contextu legis elucent. Dubitandi ratio, quam VLPIANVS praemiſit, ex hiſce verbis patet: *Namſi per ſe, non videtur praeſtare, ne alius euincat.* Quis igitur ICtum, in dubitatione verſari, non intelligit? Sequuntur verba: *ſed* IVLIANVS *ſcribit:* e quibus, de ſua deſtitiſſe opinione VLPIANVM, et in IVLIANI diſceſſiſſe ſententiam, oppido conſtare poterit. Saepenumero enim fieri ſolet, vt veteres ICti, voce *ſed* vtantur, cum aliorum ſententiam adprobent, cuiusmodi exemplum in eadem VLPIANI [f]) lege occurrit. Neque adeo id praeter conſuetudinem accidit, vt ICti argumenta, quae contraria videbantur, prius percenſerent, quam ſuam ipſi proponerent ſententiam, quoniam hac ratione ſe efficere putabant, vt cauſſae diſcuſſio eo magis in omnium oculos incurreret. Nimirum illud in more poſitum vſuque receptum ii tenuerunt, vt in

H 2 cauſſis,

f) adleg. L. 11. §. 13. D. de act. emt. vend.

cauſſis, quae venerant in controuerſiam et deciſionem requirebant, aliorum opinionem, ſuae contrariam ſententiae, modo praeponerent, modo, vice verſa agerent, eamdemque poſtponerent, id quod eam ob cauſſam fiebat, vt ſtatus, qui dicitur controuerſiae, quaſi in illuſtri loco poſitus, vnde conſpici ab omnibus poſſit, ante oculos obuerſaretur. Quomodo autem eiusdem legis verba: *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus contra erit dicendum*, intelligi debeant, id ſatis, opinamur, ſupra a nobis [g]) expoſitum fuit.

§. XIX.

Secundum et tertium Boehmeri argumentum refellitur. Concluſio.

Secundum argumentum, quo rationes a patre prolatas, BOEHMERVS [h]) augere ac corroborare ſtudet, ex POMPONII [i]) verbis, deſumtum conſpicitur, qui *ſi vir*, ait, *vxori, vel contra, quid vendiderit pro vero pretio, et donationis cauſſa paciſcantur, ne quid venditor ob eam rem praeſtet: videndum eſt, quid de ea venditione agatur: vtrum res venierit, et totum negotium valeat, an vero, vt ea ſola pactio irrita ſit, quemadmodum irrita eſſet, ſi poſt contractam emtionem, nouo conſilio inito, id pacti fuiſſet actum. Et verius eſt, pactum duntaxat irritum eſſe.* Hoc itaque pactum inquit Celeberr. BOEHMERVS, in ſe irritum haud erat, et operabatur, vt pretium lucraretur venditor. Sed irritum omnino erat, ratione coniugum,

g) hac noſtra diſſ. §. X.

h) in comment. adleg. §. XI.

i) Ex L. 31. §. 4 D. de Donat. inter vir. et vxorem.

gum, quod donationis cauſſa inter illos fuerat initum. Vnde autem elici queat: POMPONIVM pactum de non praeſtanda euictione, in ſe comprobaſſe, et ab eo, donationem inter coniuges tantummodo excepiſſe, id nobis quidem totam legem diligentiſſime conſiderantibus, dictu admodum difficile videtur. Non repugnamus, quo minus hoc pactum inter coniuges dicatur irritium; at enim, poſſuntne vnius eiusdemque rei, plures eſſe cauſſae? debetne ratio quaedam ſpecialis, aliam in fringere generalem? nonne vtraque, eundem, nonnunquam producere ſolet effectum? Illud forte obſtare poteſt, quod haec lex, ſi e generali quodam principio, pactum remiſſorium declarare velimus irritum, tota inanis ſit, vt neque adeo POMPONIVS neceſſe habuerit donationis, inter coniuges, mentionem facere. Verum enim vero, lege adcurate perſpecta, non haec ſolum amoueri poterit dubitatio, ſed etiam rationis ſpecialis, a donatione inter coniuges profectae, vtilitas adparebit. Ita nimirum ex analogia iuris iam conſtare poterat, pactum de non praeſtanda euictione, ſicut in genere, ſic ſpecialiter etiam inter coniuges illud cofectum, non valere. Quoniam tamen, vt iam ſupra [k]) oſtendimus, talis remiſſio, quod ad vtilitatem, ſeu ad id quod intereſt adtinet, praeter verum rei, de qua quaeſtio inſtituitur, pretium, omnino aliquid operatur, et venditorem ab illius praeſtatione liberat: omnis autem donatio inter coniuges legibus prohibetur; hinc etiam POMPONIVS, rem, quae in quaeſtionem diſceptationemque venerat, ex prohibita inter coniuges donatione, omni, qua fieri potuit, diligentia, ſigillatim decidit, totumque

k) in hac diſſ. noſtra. §. VII.

tumque pactum irritum eſſe pronunciat, ita vt POMPONII ſententia neutiquam vana et inanis, ſed ad rem accommodata, et valde vtilis cenſeri debeat. Inde enim intelligimus, qua ratione hoc pactum differat ab aliis. Id, quod inter coniuges initum fuit, ſiue pretium, ſiue vtilitatem ſpectauerimus, inutile eſt, et propterea merito vocatur irritum: id autem, quod non factum a coniugibus reprobari meretur, veram modo rei euictae aeſtimationem, neque illud, quod praeterea fuerat reſarciendum, reſpicit. Ita vero ſententiae, quam POMPONIVS protulerat, vſum oſtendimus, ſimulque idoneis freti rationibus, de pacto euictionis non praeſtandae, inutili, cogitata cum aliis communicauimus. Quodſi forte cuipiam, in cauſſa, quam tuendam ſuſcepimus, minus ſatisfeciſſe videamur, eum, tali erga nos animi aequitate fore, ſperamus, vt in eiusmodi nos verſatos argumento exiſtimet, de quo iam diu multumque in vtramque partem diſceptatum fuerat.

E X P L I C I T.

Digitized by Google

CLARISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

DOMINO

RESPONDENTI

IVRIVM CANDIDATO DIGNISSIMO

S.

PRAESES.

Facit fiducia Tua, quam in me meoque praeſidio collocaſti, cum cathedram aſcendere ac ſtudiorum Tuorum rationes publice reddere meditabaris, vt ego ne nunc officio meo deeſſe poſſim. Gratulor itaque Tibi hoc ſpecimen erudite ſatis conſcriptum, et quos in eo probaſti egregios in litteris profectus. Quemadmodum illud praecipue de facultate Leges interpretandi Tua ſingulari teſtatur: ita ex illo quilibet bonus iam eo plenius dilucidiusque perſpiciet, qua laude quibusue ſuffragiis, haud ita pridem ab Illuſtri ICtorum Or-

Digitized by Google

dine Lipſienſi, in numerum iuris vtriusque Candidatorum ſis receptus. Iam operi coronidem impone, ac in ipſo publico conflictu talem Te praeſta, qualem in elaboranda diſſertatione Te praeſtitiſti, qualem omnes Te expectant, et qualem ego Te praeſtiturum prorſus confido, peritum ac idoneum rei Tuae defenſorem. Quibus ita feliciter peractis, demum vere experieris, quam iucundum ſit, recordari, ſingulari quadam animi contentione curſum ſtudiorum confeciſſe, nec priuatim neque publice vnquam otioſum, ſed eorum potius, quae in Academia tractanda ſunt, maxime ſtudioſum fuiſſe. Ego vero et Parenti Tuo, viro de re litteraria meritiſſimo, hanc per Te gloriam conſecutam, imo quaſi ſanguine propagatam non minus gratulor, eidemque vehementer opto, vt in Te Candidate digniſſime, magni Tui paterni nominis herede, mox plura honorum, quibus dignum Te reddidiſti, augmenta conſpiciat. Vale mihique in poſterum faue. Dabam Lipſiae die VIII. Kalend. Decembr. A. C. N. MDCCXLVIII.

A4 11445167